



EVERARDI BRONCHORST DAVENTRIENSIS JC^ti ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

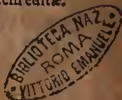
Centuria III. & IV.

ET

CONCILIATIONES EORUNDEM, *iuxta seriem* PANDECTARUM *disposita:*

Nunc primum in Germania seorsum in lucem editæ.







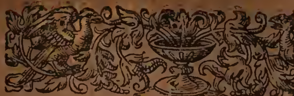
HANOVIÆ
Imprimebat Petrus Antonius.
MDCXIX.



INDEX
CONTROVERSARVM QVÆSTIONVM, QVÆ IN TERTIA ET QVARTA CENTVRIA tractantur.

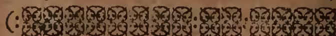
CENTVRIÆ TERTIÆ.

¶ 2



INDEX CONTROVERSARVM QVÆSTIONVM, QVÆ IN TERTIA ET QVARTA CENTVRIA tractantur.

CENTVRIÆ TERTIÆ.



CENTVRIÆ QVARTÆ.

44 Sti-



EVERAR-

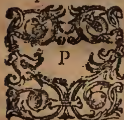


EVERARDI BRONCHORST

CENTVRIÆ TERTIÆ ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ,

Assertio I.

Ad matrimonium contrahendum, omni iure, tam diuino quam humano, item Ciuili & Canonico, requiritur de necessitate consensus parentum.



PRIMO suadet hoc naturalis ratio & æquitas. §. 1. *Institut. de nupt.* Naturalis enim ratio nullo magistro docente hoc efflagitat, vt liberi obediētiam debitam præstent parentibus, *l. 2. ff. de iust. & iu.* & æquum est, vt notat Theoph in *d.* §. 1. vt parentes, qui ad eam vsque ætatem liberos educauerunt, hoc honoris habeant, vt matrimonio liberorum cōsentiant, cum liberi secundum Deum, seipsos parentibus debeant. Secundo mouet hæc ratio, quod maxima absurda & incommoda inde sequerentur, si nuptiæ sine parentum consensu contractæ va-

lerent: tũc enim quilibet ſcurra poſſet honeſti alicuius viri filiam quaſi rapere, & inuitis parentibus abducere. Tertio ciuilis ratio & æquitas id ipſum manifeſte efflagitat; primo propter patriæ poteſtatis vinculum, tum ne inuito agnoſcatur ſuus hæres: ſi enim liceret liberis, inuitis parentibus, contrahere nuptias, agnoſceretur inuito patri ſuus heres, quod iure ciuili omnino prohibetur, §. *& tã filium, Inſt. de adopt.* Huc accedit, quod iure diuino, cui omnes humanæ leges cedere & ſubſcribere debent, multis in locis traditur, vt neceſſario in nuptiis liberorum interueniat conſenſus parentum. Primo hoc quintum præceptum Decalogi ſatis euidenter oſtendit, quod iubet parentes honore & obedientia afficere: quorũ honor in hoc maxime violatur, ſi liceat liberis, iis repugnantibus, nuptias contrahere. Secundo huc pertinet, quod *Exod. 22.* præcipitur: *Si quis ſeduxerit virginem, & pater virginis ei filiam dare nolit, reddat pecuniam quam virgines accipere conſueuerunt.* Tertio Paulus *1. ad Corin. 7.* agens de filia virgine elocanda, docet hoc ius eſſe penes parentes. Denique traditam, & conceſſam hanc poteſtatem parentibus iure diuino, oſtendunt varia ſcripturæ exempla, ex quibus apparet præcipuos in Populo Iſraelitico viros, nunquam niſi parentum conſenſu iniiſſe fœdus coniugii. Teſtatur hoc exemplum Samſonis, qui cum mulierem Philiſtinam

ſtinam amare cœpiſſet, non ſtatim eam duxit in vxorem, ſed primum rogauit parentes virginis, vt eam ſibi deſponderent. *Iud.14.* Item *Tobiæ 9.* Angelus ad Tobiam iuniorem dicit: *Eſt hîc Raguel, qui habet filiã Saram, pete à patre eius, & dabit tibi in vxorem.*

Quæritur nunc, *An etiam de iure Canonico requiratur de neceſſitate conſenſus parentum?* Et quidem veteres Canones hac in re cum iure ciuili euidenter conſentiunt. Primum enim Euariſtus Pont. in hæc verba reſcripſit. *Aliter legitimum non fit coniugium, niſi ab his qui ſuper fœminam dominationem habẽt, vxor petatur, & à parentibus ſponſetur, & legibus dotetur c aliter 30.q 5* Simile reſcriptum extat Leonis in *c. honorantur 32.q.5.*

Obiiciuntur recentiora iuris Canonici reſponſa, & primum *c. ſufficiat 27. q. 2.* vbi huiuſmodi recitantur verba. *Sufficiat ſolus, ſecundum leges, eorum conſenſus, de quorum coniunctione agitur.* Reſp. Illa verba ponuntur, non vt parentũ conſenſus excludatur, ſed iis verbis innuitur, quod ſolus & merus conſenſus faciat nuptias ad excludendum cõcubitum; ſine eo nãque vinculum matrimonii firmiter cõtrahi poteſt. Non enim eo in loco proponebatur, filium velle contrahere matrimonium ſine conſenſu parẽtum, ſed tantum de eo quæſtio erat, an præter conſenſum cõcubitus quoque requireretur. Licet ergo de conſenſu parentum nominatim nihil dicat,

tamen hoc ſatis euidenter ex mente canonis colligitur, cum ſecundum legis conſenſum requirat.

Similiter fere reſpondetur ad *cap. tuæ, de ſponſa.* vbi dicitur, *matrimonium cõtrahi per legitimum viri & mulieris conſenſum.* Requiritur enim ibi conſenſus legitimus, & talem, qualem leges exigunt, quæ neceſſario ad nuptias liberorum conſenſum parentum efflagitant.

Tertio obiicitur *c. pen. Ex. de rapto.* quod plurimis negotium faceſſit: vbi orta quęſtióne, *An miles poſſit retinere mulierem, quam rapuerat & abduxerat inuitis parentibus, cumque ea contraxerat matrimonium, & concubuerat:* reſpondit Lucius Pont. eam à marito recedere non poſſe. Sed reſpondetur ibi interueniſſe copulam, itaque matrimonii ſeparatio dura viſa fuit; vnde veteres Canones hoc reſcripto nõ abrogantur, ſed addita hac exceptione temperantur: *Si copula ſecuta non fuerit, ne vitiatæ perſonæ fiat iniuria, neve ſimul amiſſa pudicitia virum quoque amittat.* Quam ſententiam euidenter comprobat Vlpianus in *l. 1. in fin. ff. de lib. exhib.* vbi eleganter reſpondet, bene concordantia matrimonia, & liberis ſubnixa, non debere iure patriæ poteſtatis diſſolui. Quem locum recte de nuptiis liberorum ſine conſenſu parentum contractis, & copula conſummatis intelligit *Hotom. in §. 1. Inſtit. de nupt.* Ita decidunt *Duaren. ad tit. Solut.*

Solut. matr. c. 2. de nupt. & Coras. lib. 1. Misc. capit. 17.

Postremo obiiciunt Christi apud Matthæum verba, *Quos Deus coniunxit, homo ne separet.* Ergo sufficit in nuptiis mutuus contrahentium consensus, absque parentum approbatione. Ad quę respondendum, quod Deus eos tãtum coniungat, qui rite, honeste, ac secundum ordinationem eius copulãtur. Non enim leues & stultos affectus, iuuenili calore incitatos, & amoris philtro inescatos, Deus pro matrimonio habet. Sponsalia itaque clandestina absque parentum consensu inita, cum Dei voluntati repugnent, Deo authore conciliata videri non possunt. Concludo ergo, quod iusta est causa dissoluendi matrimonium re integra, si contractum sit sine auctoritate parentum, qui consummationẽ matrimonii impedire possunt, si modo iustas & legitimas habeant prohibendi causas. Ita defendit *Molina. ad l. nuptias, ff. de R. I. in addi ad Decium.*

ASSERTIO II.

Minor xxv. annis, nubens sine consensu parentum, potest exheredari.

QVæritur, an filia exheredari possit, quæ sine consensu parentum nupsit. Et ex *Nouella* 115. §. *sed si filia*, satis euidenter apparet eam exheredari posse, si minor xxv. annis nubat sine consensu parentum. Nam in *d*, §.

Imper.ait,non poteſt filia exheredari, ſi poſt xxv.annos nubat ſine conſenſu patris.Ergo à contrario ſenſu tacite ſatis hoc colligitur, ſi ante eam ætatem,hoc eſt, minor xxv. annis nubat ſine cõſenſu parentum, poſſe eam exheredari. Magis requiritur in nuptiis filiæ, quam filii,parentum conſenſus, propter ſexus imbecillitatem. Vnde & filia minor xxv. annis conſenſum matris & propinquorum adhibere debet in nuptiis.*l.1.l.vidua,l.in coniunctione,C.de nupt. Cuiac.ad No.18.*

Nõ obſtat iuris Canonici deciſio,qua matrimonium liberorum ſine conſenſu parentum poſt copulam contractum,ratum eſt,& reſcindi non debet. Nam Pontifices volunt tãtum manere matrimonium, poſtquam eſt copula conſummatũ,ne maius inde ſequatur ſcandalum,neve vitiatæ perſonę fiat iniuria:non autem probant inobedientiam filii, nec iniuriam,quæ patri illata eſt, impunitam relinqui volunt.*Duaren.ad tit.de nupt.c.2.Caſtren.ad l ſi filiam,C. de inof. teſta, Decius ad l. nuptias,de R.I.*

ASSERTIO III.

Si quis corruptam & vitiatam ab alio pro virgine duxerit,matrimonium reſcindi non poteſt.

HÆc aſſertio probatur *ex c.1. & 2.29. q.1. & c.quemadmodũ,Ex.de iureiur.* eamq; ſententiam multis argumentis comprobat *Weſem.in Parat.de rit.nup.num.8.*Ratio præcipua-

cipua eſt, ne occulta delicta nudētur, & quieta coniugia diſtrahātur. Adfertur & pro hac ſententia hoc argumentum fortiſſimum. Si non diſſoluitur coniugium propter alia vitia animi æque grauia, imo maiora, vtpote quia vxor eſt impia, hæretica, malæ frugis, perdite prodiga, *l vlt. vbi Gl. in verbo abolita, C. de repud. c. 2. Ex. de diuort.* neq; ob hoc vitium diuortium eſt admittendum.

Tertio probatur hoc ex eo, quod ſtupri accuſari ea mulier non poteſt, quæ poſt illud ducta eſt, *l. ſi vxor 13. §. fin. ff. ad l. Iul. de adult.* Sero enim accuſat mores mulieris, quos ducendo probauit. Cum autem nō diſtinguat lex inter ſcientem & ignorantem, ſed loquatur generaliter, neque nos diſtinguere debemus.

Obiicitur primo lex Moſis, *Deuter. 22.* vbi corrupta, quæ pro virgine ſe elocari nuptiis paſſa eſt, capitali ſupplicio affici iubetur. Reſp. leges policitæ ſeu forenſes Moſis nos non obligant, neque durior illa pœna à Chriſtianis recepta eſt. Igitur ſicut cum à lege vel Principe pœna capitalis homicidii ob circūſtantias remittitur, aut mitigatur, non ſoluitur coniugium; ita & hoc caſu reſpondendū eſt. *§. deportatio, Nou. 22. de nupt.*

Secundo obſtat *lex empto x 1. §. ſi quis virginem ff. de act. empt.* vbi emta muliere corrupta, quæ virgo eſſe putabatur, agitur ob iuſtiſſimum errorem ad reſcindendam emtio-

niem. Resp. hæc lex magis confirmat hanc thesin, quia dicit, quod talis error non impediat, quo minus contractus valeat: quia nulla vitia locum faciũt redhibitioni, nisi vsum rei impediant, imo valere hoc casu emtionem expresse probat *l. alioquin. 11. ff. de cont. empt.* Quod autẽ datur actio ex empto ad rescindendam emtionem in matrimonio nõ procedit, quia in causis status, puta libertatis, iurisiurandi, matrimonii, non datur restitutio, *c. quando. Ex. de diuort. l. si ex causa 9. §. vlt. ff. de mino.* sed hic valet immota regula: *Quod Deus coniunxit, homo ne separet.*

Tertio opponitur, quod dolus, quo alteri parti imponitur, rescindit contractus bonæ fidei, & coniugia. *cap. tua 26. in fin. de sponsal.* Resp. Dolus hic non dat causam contractui, sed est tantum incidens, quod genus non viciat contractus. *DD. in l. si dolo, 5. Cod. de resc. vend.* Deinde dolus tum demum annihilat matrimonium, quando res neq; substãtiam, hoc est consensum contrahentium, neq; formam coniugii habet, *d c. tua.*

ASSERTIO IV.

Ratihabitio patris liberorum nuptias subsequens retrotrahitur, & ab initio iustas nuptias efficit.

QVeritur, an si ab initio pater nuptiis filiifam. non consensit; sed ex interuallo eas ratas habeat, an ratihabitio retrotrahatur; & ab initio iustas nuptias efficiat, an vero à tẽpore ratihabitionis demum nuptiæ confirmen-

mentur. Et verior probabiliorq; est sententia, quod ratihabitio patris retrotrahatur, & ab initio iustas nuptias filii efficiat. Quæ assertio probatur primum per generalem iuris regulam, qua traditur, quod ratihabitio retrotrahatur, & mandato comparetur. *c. ratihabitionem, de R.I. in 6.*

Secundo hanc sententiam comprobat aperte *l. 5. C. de nupt.* vbi traditur, quod si pater ex interuallo cognitis filii nuptiis non contradixit, quod iustę nuptiæ, iustique liberi efficiantur.

Contrariam sententiam defendunt *Cuaic. lib 3. Obs. c. 3. Contius lib. 1. disp. c. 7. & Hotom. in illust. quæst. c. 9.*

Tria contra hanc decisionem adferuntur argumenta; Primum est, quod dicitur in *§. 1. Instit. de nupt.* quod in nuptiis filiifam. patris iussus præcedere debet. Resp. Quoties iussus interuenit, is præcedere debet, ea enim est natura mandati seu iussus, vt præcedat actū & negotium, *l. si quis mihi, § iussum. ff. de acqu. H. l. si vero. 12. §. si post. ff. Manda.* Cæterum & absque iussu tacitus consensus & ratihabitio patris sufficit, quia Nouella lege generaliter definitum est, quod omnis ratihabitio retrotrahatur, & confirmet ea, quæ ab initio subsecuta sunt. *l. vlt. C. ad SC. Maced.*

Secundo aduersatur *l. et si cōtra 6. C. de nupt.* vbi traditur, quod si magistratus in prouincia duxerit subditam, hæc nuptiæ iniustæ sunt.

Sed si deposito officio postea in eadem voluntate perseuerent contrahentes, iustæ nuptiæ tum demum efficiũtur, sed ratihabitione retro non confirmatur matrimonium ab initio. Resp. Ideo subsecuta ratihabitio nuptias ab initio non confirmat; quia nuptiæ antea non potuerunt confirmari, quandiu magistratus officiũ in prouincia sustinebat, sed matrimonium sine consensu parentum contractum potuit ab initio confirmari eorundem consensu: ergo & sequens ratihabitio, iustas ab initio nuptias efficiet.

Tertio repugnat *l. si vxor 13. §. si quis vxorem, ff. ad l. Iul. de adult.* vbi dicitur, quod iure viri maritus non possit vxorem accusare adulterii, quã duxit inuito patre, cuius coniunctioni postea pater consensit. Resp. Ideo ratihabitio ibi non retrotrahitur; quia versamur in causis odiosis, scilicet in pœnis infligendis propter delicta. Odia enim sunt restringenda: atqui fauore matrimonii, vt scilicet iustæ nuptiæ, & legitimi liberi efficiantur, ratihabitio patris retrotrahitur; quia fauores sunt ampliandi.

ASSERTIO V.

Matrimonium metu contractum, ipso iure non valet.

METus ipso iure vitiat matrimonium, si modo talis sit, qui cadat in virum constantem. Matrimonia enim debent esse libera,

ta, nec vi aut coactione vlla constringi. Vnde si quis vinculis, carcere, verberibus, periculo mortis illato, aut alio atroci metu, qui cadit in virum constantem, coactus sit ad ducendã vxorem; hoc matrimonium ipso iure non valet. *l. Titia, ff. de V. O. l. 2. C. de cont. stip. cap. significauit, Ex. de eo qui dux. in vx. quam poll. per adult. c. cum locum Ex. de sponsal. l. si mulier 21. § si dos, ff. Sol. mat.* Hinc sequitur, quod sicut filius inuito patre vxorem ducere non potest, ita nec pater filium inuitum & dissentientem cogere potest ad ducendam vxorem, quam non amat. *l. nec filium 12. Cod. de nupt l. non cogitur 21. ff. de rit. nupt.* Sed obstat vehementer *l si patre 22. ff. de rit. nupt.* vbi traditur, quod si patre cogente filius duxit vxorem, quam non duxisset si fuisset sui arbitrii, quod hoc matrimoniũ ratũ sit, & valeat. Resp. sub distinct. Aut filius propter reuerẽtiam paternam cõsensit nuptiis puellæ à patre suo contractus, quam alias si sui iuris fuisset, non esset ducturus, & hoc matrimonium propter reuerentialem metum non rescinditur. Ita intelligenda est *d l. si patre.* Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filium verberibus aut carcere coegit ad ducendam vxorem & tunc non valet huiusmodi matrimonium; sed tanquam metu contractum est rescindendum. *Sneidevvin. ad tit. Instit. de nupt part. 2. num. 28. Duare. ad tit. de nupt. 6. 4.*

Assertio VI.

Deportatione non soluitur matrimonium.

QVod deportatione nō dissoluatur matrimonium, est apertus textus in §. *deportatio. Nou.22.de his qui nupt. iterant.* Quod & obtinuit iure veteri; quia deportatio non fuit maxima capitis diminutio, *l.1. C.de repud. l.res vxoris. C.de don.int.vi.& vx.l.sed si mors 13. ff.eo l.5 ff de bo.damn.*

Sed è diametro obstat *l.si quis sic stipuletur 56.ff.Sol.mat.* vbi dicitur deportatione solui matrimonium. Præterea obstant *l. penult.ff. de var. & extraor. cogn. & l.4.§. vlt ff.de grad. & affin.* Vbi dicitur, quod aquæ & ignis interdictio seu deportatio sit maxima capitis diminutio, & quod libertatem & ciuitatē adimat, præterea quod deportatione soluatur matrimonium. Resp. li qui deportantur, vel quibus aqua & igni interdicitur, nec liberi, nec ciues manent iure Quiritum. Liberi autem, & nuptiæ manent iure gentium. At ius gentium in nuptiis potissimum spectamus, *l. adoptiuus 14.§.1.ff. de rit. nupt.* Igitur matrimonium deportatione non dissoluitur Hæc ex Cuiacio deprompta sunt ad *d. Nou. 22. in princ.*

Assertio VII.

De substantia matrimonii nō requiritur deductio sponsæ in domum mariti.

NVptiæ solo contrahētium cōsensu perficiuntur, Consociatio enim animorū non

non corporum facit nuptias. *l.nuptias 30.ff.de R.I.l.cum hic status 32.§.si mulier ff.de donat. int.vi.& vx.* Vnde nec deductio sponsę in domum mariti,neque concubitus,neq; confectio dotalium instrumẽtorum ad perfectionem matrimonii requiritur, aut quid aliud præter consensum. *l.penul ff.de don.int.vi. & vx.l.neque sine.3. C.de nupt.* Probat etiam hãc assertionem, *l.si donationum.C.de nupt.* in qua statuitur,pompæ celebritatisque nuptiarum omissionem, firmitati matrimonii non obesse.

Obstant huic decisioni pleraq; iuris loca, & primo pugnat *l. mulierem 5.ff.de rit.nupt.* vbi traditur, absentem mulierem per nuntium vel epistolam nubere non posse;quia deductione in domum mariti opus est.Respon. Olim certæ quædam ceremoniæ & solennitates obseruatæ fuerunt,quibus non adhibitis matrimonium fere contrahi non solebat. Itaque,quod asseritur in *d.l.5.* opus esse vxoris deductione in domum mariti, in contrahendo matrimonio, de iis accipiendum est, qui sola & simplici conuentione non contẽti,ritum illum solennem obseruare voluerũt quem tamen non esse necessarium, affirmatur in *d.l.si donationum.* Itaq; non affirmatur, In *d.l.5.*quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum consensum sufficere assereret IC. sed forma ac ritus deductionis in domũ tantum demonstratur.

Secundo repugnat *l. cui fuerit 19. ff. de con. & dem.* vbi Vlpia. ait, conditionem nuptiarũ tunc impletã videri, cum vxor ducta fuerit. Resp. Hoc per metaphoram dictum accipi debet, tunc scilicet mulierem nupsisse videri, & conditionem nuptiarum impletam, statim atque ducta est vxor, & matrimonium consensu peractum, tametsi concubitus non accesserit.

Tertio refragatur Iustinianus in *l. sancimus 24. C. de nupt.* vbi diserte sancit, conditionem nuptiarum impleri non posse, nisi ipsa accedat nuptiarum festiuitas. Resp. Ideo cõstitutio Iustiniani nuptiarum festiuitatem exprimit, quod raro sine ea solennitate & pompa eo tempore matrimonia inirentur, idemque procul dubio de matrimonio responsurum fuisset, quod solo consensu peragitur.

Quarto repugnat Aureliani rescriptum in *l. cum in te, D. de dona. an. nupt.* qui cum consuleretur de donatione, quæ nuptiarum die facta dicebatur, anne à marito, an vero à sponso facta censeretur; rescripsit ita demum à marito donatum videri, si in sponsi domo facta fuerit donatio. Vnde colligi videtur, non aliter nuptias quam per deductionem in domum mariti perfectas intelligi. Resp. Rescripto Aureliani hoc tãtum indicatur, cum dubitatur post nuptias, an ante easdem res donata sit, ex deductione in domũ mariti præsumi nuptias perfectas. Si tamen in proposita spe-

ta ſpecie conſtitiſſet, quo tempore mutuo conſenſiſſent in nuptias coniuges, non opus fuiſſet ad hanc coniecturam recurrere. Hoc modo prædicta loca in ſpeciem pugnantia conciliat *Duare.ad tit de nup.c.2.*

Concludendum igitur, nec concubitum, nec deductionem in domum, aliumve ritum ſolennem, ad matrimonium perficiendum iure ciuili eſſe neceſſarium. Itaque ſtatim atque per verba expriměťia cōſenſum de præſenti, ſponſalia contracta ſunt, iam verum matrimonium etiam non interueniente copula carnali, contractum cenſetur; quia nuptias facit conſenſus, non concubitus. *cap. cum locum, Extr. de ſpōſal. Schneidevvin. ad Inſtitut. tit. de nupt. cap. de ſponſal. num. 15.* Quod adeo verum eſt, quod tales ſponſi participes ſint eorum lucrorum, quæ coniugibus alterutro moriente, ſuperſtiti ex pacto vel ſtatuto debentur, quia ſponſa de præſenti vxoris loco habetur. *Weſem. ad tit. de ſponſal. n. 7. & ad tit. de rit. nup. num. 2.* Conſuetudine tamē obſeruatur, vt non aliter coniunx percipiat lucra nuptialia, quam ſi virgo traducta fuerit ad domum ſponſi, & matrimonium copula fuerit conſummatum. *Sneidevvin. ad Inſt. de ſucceſ. viri & vxo. n. 121. Ferra. in for. libel.* quo vxor agit ad dotem.

ASSERTIO VIII.

Adulterio dissoluitur matrimonium, non tantum quoad separationem thori, sed etiam quoad vinculum matrimonii.

PRobatur hæc conclusio ex *Matthæ.c.5. & 19.* Vbi Christus ex sola causa adulterii, licere libellum diuortii tradere respondit. Ergo & innocenti personæ nouæ nuptiæ conceduntur. Neque enim diuortium vere est, vbi innocẽs persona manet obligata *Wesem. in Parat. de diuort. in fin.* Præterea Christus interrogabatur de illo diuortii genere, quod inter Iudæos vsurpabatur, quo matrimonii vinculum dissoluebatur, ac proinde non de alio diuortii genere responsio Christi intelligenda est. Ad hæc coniugii vinculum abrũpit, quisquis factus est scortatricis membrũ: nec enim potest simul esse & adulteri & mariti caro. Neque subsistere potest Canonistarum distinctio, tradita in *c.2. de coniu. lepro. c. dixit Dominus* 32.*q.*1. qua separationem thori tantum fieri tradunt adulterio, non vero dissolui vinculum coniugale; ac sic noui coniugii potestatem innocẽti personæ, quæ propter adulterium diuortium fecit, non concedunt. Hęc enim sentẽtia à doctissimis Theologis nostra ætate est confutata.

Non obstat locus Pauli 1. *ad Corinth.* 7. Vxor à viro ne discedito: quod si discesserit, maneat innupta, aut viro reconciliator. Quia Paulus nõ loquitur ibi de legitimo diuortio sed de discessione iniusta, quam Corinthii leues

leues homines & luxuriosi, ob simultates, odia & dissidia faciebant. Qui ob hasce causas iure non probatas diuertit, reconciliari debet personæ, à qua discessit, aut sine spe coniugii viuere. Cæterum hoc ad legitimam diuortii causam nō est trahendum, quia in casu adulterii Dominus permisit innocenti aliam ducere, quod ex mente tacita, vel vt loquuntur DD. à contrario sensu satis constat. Nam si dicitur mœchari, qui dimissam à priore marito vxorem ducit, excepta causa adulterii, ergo ob causam adulterii facto diuortio aliam ducens non mœchatur. Præterea dissolutio, quam facit magistratus auctoritate diuina, ex iustis causis, vera esse debet, nec innocenti personæ captiosa. Itaque innocēti nouarum nuptiarum facultas concedenda est, ne scortationis periculum incurrere cogatur. *l. consensu. in verb. vxoremque statim ducere. C. de repud.* Quod & sacræ historiæ comprobant. Sic Hieronymus defendit Fabiolam, quod à coniuge polluto separata, alteri nupsisset. Concluditur itaq; recte in reformatis Ecclesiis, ex verbo Dei, innocenti personæ secundas nuptias concedi; modo auctoritas Ecclesiæ & pii magistratus accedat. *Beza in tract. de diuort.*

Assertio IX.

Mulier non tantum contra tacitam, sed etiam expressam anteriorum creditorum hypothecam, πρωτοπραξίας beneficio, in repetitione dotis gaudet.

Mulier dotē repetens, prēfertur aliis creditoribus tempore prioribus, in bonis mariti, quæ illi tacite obligata sunt, pro dote recuperanda *l.assiduis, C. Qui po.in pig.l. 2.§. ult & l.seq ff.de priu.cred.*

Sed magna est inter magistros iuris controuersia, an etiam hoc πρωτοπραξίας beneficio vtatur contra anteriores creditores expressam hypothecam habentes? Et quidem crebrior & receptior est sententia *DD. in.d. l.assiduis,* mulierem præferri creditoribus tacitam hypothecam habentibus, expressam nulla ratione.

Contraria tamen sententia est Martini veteris glossatoris, quæ & probabili ratione nititur, & textibus defenditur, & secundum eam in camera Imperii pronuntiatur, vt notat *Minſ.cent.4.Obſ.13.* Et primum probatur ex *d.l.assiduis, & l.in rebus.C.de iur.dot.* quæ cum indistincte loquantur, mulierem præferri omnibus prioribus creditoribus in hypothecis, nec distinguant inter tacitam & expressam, cessare debet & hominis distinctio. *arg. l.de pretio, ff.de Publicia.* Deinde probat hoc euidēter inuicta Martini ratio Si mulier præfertur creditori mutuanti in refectionem ædium,

dium, atque is potior est eo, cui anterior & expressa hypotheca ex pacto competit. *No. 97. §. his consequens.* præferetur etiam mulier creditoribus expressam hypothecam habentibus; quia si vinco vincentem te, multo magis vinco te. *l. de accessionibus. ff. de diu. tem. præscr.*

In contrarium adfertur, quod dicitur, mulierem in causa dotis & fiscum paribus passibus ambulare. *l. 2. C. de priu. fisc. l. dotis, C. de Iur. dot.* fiscum tamen creditoribus prioribus expressam hypothecam habentibus non esse potiorẽ, traditur in *l. si pignus. ff. Qui po. in pig. l. si fundum. C. eo.* Sed respondetur, quod Imp. huiusmodi prærogatiuam mulieribus ex singulari gratia concessit, ideoq; eius rescripto *l. 2. C. de priu. fisc.* antiquata videtur. Vel aliter potest responderi, quod quamuis mulier fisco nõ præferatur, quia priuilegiatus contra priuilegiatum sua prærogatiua non vtitur, nihilominus mulier in concursu aliorũ creditorum potiora iura obtinebit. *Guiber. in tract. de doti. 6. §. c. 7.* Itaq; hoc statuitur tantum in *d. l. 2.* quod licet vxori προβολεξία concedatur contra reliquos creditores, non tamen fisco, cum quo maritus ante dotis constitutionem contraxit ob singularẽ, quo eum Impp. prosecuti sunt, fauorem, vxor est præponẽda. Pulchre *Pet. Vandera in tract. de prio. cred. c. 4. & Coras. in l. qui liberos. num. 117 ff. de rit. nupt.*

Secundò hoc mouetur argumentum. Priuilegia tributa constitutionibus Principum non debent in aliorum iniuriam redundare, *l. cum auus. C de emanc. lib.* Ergo priuilegium prælationis mulieri indultum, non debet ad aliorum creditorum damnum porrigi. Resp. Vera est enunciatio, nisi Princeps prudens sciensve ob publicam similemve causam nominatim priuilegium indulserit. *l. 2. §. si quis à principe. ff. Ne qu. in lo. pub.* At in præsenti casu Iustinian. mulieribus hanc prærogatiuā concessit, vt creditoribus præferrentur, quoniam publicus matrimonii fauor hoc efflagitabat. Publicè enim interest; fœminis dotes conseruari ad sobolem procreandam & educandam, *l. 1. ff. Sol mat.*

Tertiò adducitur hoc argumentum: quod mulier paciscendo prioribus creditoribus, quibus ius quæsitum erat, nocere nō potest; *l. filius C. de pact. l. transactione. C. de trās.* Resp. Mulier ius quæsitum aliis non aufert, sed lex & Principis rescriptum. Cum autem lex magis sit rerum nostrarum domina, quam nos ipsi, *l. 2. ff. de leg.* ex iusta causa res proprias singulis aufert, & posteriores creditores prioribus præponit.

Quarto & postremo grauiter aduersatur *l. vbi. C. de iur. dot.* quā permittitur vxori vindicatio rerum dotaliū si maritus labatur facultatibus contra posteriores creditores, vel alios qui non habent legibus potiora iura.

Hinc

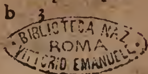
Hinc liquido patet, creditoribus prioribus expressam hypothecam habentibus, mulierem non præferri, cum posterioribus tantũ præponatur, & iis qui potiora iura non habent, i.e. qui tacita hypotheca nitũtur. Resp. Quod ista sit propria legis sententia, quod mulier tam prioribus quam posterioribus creditoribus præferatur, quamcunque hypothecam prætendant, nisi maius habeant priuilegium, vt fiscus in causa primipili, & liberi in exactione dotis maternæ *l. 4. C. In qu. ca. pig. tac. d. l. assiduis. §. & ideo. Gusbe:. d. loco. c. vlt.*

ASSERTIO X.

Promittens dotem incertam, efficaciter obligatur ad dotem pro modo suarum facultatũ & dignitate mariti constituendam.

PRiuilegium dotis est, vt licet quis generaliter dotem, sine designatione quantitatis, aut certæ rei promiserit, tamen teneatur efficaciter, dotisq; quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti mulierisque statuenda. Idque verum est, tam in patre puellæ, quam extraneo, *l. quæro, l. cum post. §. gener. ff. de iu. dot. l. 3. C. de dot. prom. l. cum is. 32. §. mulier. ff. de cond. inde.*

Obiicitur *l. 1. C. de dot. prom.* vbi ex his verbis in pactis dotalibus comprehensis, *Ea quæ nubit, dotem dare promittit*, mulier contra eos, qui eam nuptui collocabant, agere non potest, ad dotem constituendam. Resp. Ibi ipsa



mulier obligauerat ſuam perſonam ad dotē dandam, itaque alii qui dotem non promiſerunt, minime obligatione adſtringuntur. Hoc igitur tantum iſta lege deciditur, quod cū nihil ſit mulieri promiſſum, ſed ipſa promiſerit dotem, mulierem quoq; actioné non poſſe intendere ad dotem dandam. Sed de hac quæſtione, an incerta promiſſio dotis mulierem obliget, nihil iſta lege definitur. Si tamen quid certi ſtatuendum eſſet, dicendum eſt obligari mulierem, vt dotem pro modo ſuarum facultatum & dignitate mariti conſtituat: nam in piis cauſis, vti eſt dotis conſtitutio, incertitudo non vitiat promiſſionem. *l. ſi filiæ 43, de leg. 3. Coſtal. ad d §. gener.* Quod ſi extraneus promiſit, ſine certa quantitate aut ſpecie ſe dotaturum puellam, tantum dare cogitur, quantum habita ratione bonorum eius, & dignitatis puellæ, iudex æquum ſtatuet. *d. l. 3. Conan. & Duare.* aliter hanc antinomiam conciliant, & *d. l.* 1. ita intelligunt, quod mulier incertam dotem promittens non obligetur, & vel vno denario, vel minima re in dotem data liberetur. Ratio eſt, quia cum mulier in genere doté promittit, ſua refert, nullam vel minimā dotem eſſe in obligatione, vt omnia reliqua bona ſibi propria habeat, titulo dotis non obligata, debetq; maritus ſuæ ignorantiæ imputare, quod non contraxit cautius. Sed quando alius pro muliere doté incertā promittit, effi-

caci-

caciter tenetur, quia non solum mariti, sed multo magis mulieris interest, dotem arbitrio viri boni taxari, ne mulier fiat indotata, & sic fortassis à viri domo expellatur, *l. vlt. C. ad SC. Vell. Connan. lib. 8. com. c. 8. Duare. lib. 1. disput. anniuer. c. 56.*

ASSERTIO XI.

Filia superstitibus liberis in cõiugio defuncta, dos profectitia non reuertitur ad patrem, sed manet penes maritum.

DEfensa fuit hæc sententia & primo recepta à Martino propter has firmissimas rationes. Primo, dos dicitur proprium filiæ patrimonium, *l. 3. §. ergo. ff. de minor.* ideo ad liberos prius quam parentes bonorum dotalium mulieris successio deuoluitur, *§. 1. Nou. de hæred. ab intest.* Secundo dos propter onera matrimonii datur, sed maritus mortua, superstitibus liberis, vxore, onera adhuc sustinet. *l. si maritus 46. ff. Fam. ercis.* Ergo æquum est dotem penes eum manere, *l. si is qui §. ibi dos. ff de Iu. dot.* Tertio hanc sententiam confirmat *l. illam, C. de collat.* in quà nepotes auo succedentes dotem matris conferre cõpelluntur; quod non eueniret, si dos mortua filia reuerteretur ad patrem. Quarto confirmatur hæc sẽtẽtia ex *l. pater. ff. de pact. dot.* vbi respondetur, valere pactum, quo pater qui filiæ nomine dotem dedit, paciscitur, vt mortua filia superstitibus liberis, deducta parte tertia, reliqua dos sibi, aut post mortẽ

ſuam filiis reddatur. Quod ſi dos ex iuris cõmunis diſputatione ad patrem regredi deberet, fruſtra tale pactũ interponeretur. Quinto hanc opinionem corroborat *l. poſt. dotem 40. ff. Sol. mat.* vbi pater ſtipulatus erat dotẽ ſibi reddi diuortio facto, & pronunciauit Papinianus, quod poſtquã extiterit ſtipulationis cõditio, & filia ſine liberis deceſſerit, pater ex ſtipulatu recte agat. Ergo ſuperſtitibus liberis relictis, dotis condictio patri denegabitur. Vltimo manifeſte hæc ſententia comprobatur in *l. vnica, §. illo proculdubio, C. de rei vx. act.* vbi traditur, quod mortua in matrimonio muliere, dos quæratur illius hæredibus proximi autem hæredes matri ſunt liberi, etiam in lucris nuptialibus, *l. ſancimus, C. Commun. de ſucceſſ.*

In contrariam partem citatur *l. pater filiæ, ff. de euict. & l. dos à patre, C. Sol. mat.* Verum reſpondetur, quod iſtis legibus ſimpliciter dicatur, quod ſi in matrimonio deceſſerit filiafam: quod dos à patre profecta ad eum reuertatur: ſed nulla ibi fit mentio de caſu exiſtentium liberorum. Ideoque ex generali iſtarum legũ deciſione nihil certi in hac quæſtione probari poteſt. Vnde recte tradunt communiter D D. quod maritus poteſt retinere dotem propter liberos. *Weſem. in Parat. ff. Sol. matr.* pulchre *Faber. lib. 1. coniect. c. 16.* vbi hanc ſententiam conſuetudine obſeruari notat.

Secun-

Secundo obiicitur *l. vnica, §. fileat, C. de rei vxor. act.* vbi dicitur, maritum non retinere dotem propter liberos. Resp. lex illa procedit, quando diuortio solutum est matrimonium, tunc maritus dotem retinere non potest propter liberos. Idq; confirmat euidenter *d. §. fileat,* vbi subiungitur, ideo maritum retentione dotis non vti, ne varium genus culpæ cõtra vxorem excogitet. Quod omnino accipiendum est de matrimonio, diuortio soluto, non morte mulieris; cum nulla culpa mariti, vel mulieris accidat, si morte dissoluatur coniugium.

In aduentitia quoque dote liberi præferuntur patri, & mortua in matrimonio muliere, dos aduentitia semper penes maritum manet. *l. mulier, ff. de cond. instit. l. 5. ff. de bon. damn. l. 23. & 24. ff. de euict. l. 15. ff. de fund. dot. Cuiac. lib. Obs. 9. c. 4. Ferr. in for. libel. quo vxor agit ad dotem.*

ASSERTIO XII.

Mulier naturaliter domina est dotis, maritus fictione iuris ciuilis.

TRaditur hæc distinctio in *l. in rebus 30. C. de iu. dot.* Maritus dominus est dotis, inspecto scilicet initio, quoniam dos ipsi traditur, *l. 7. fuit autem, l. 9. §. 1. ff. de iu. dot. l. si prædium C. eod.* Præterea quoad exercitium actionum, & administrationum bonorum dotalium, quam lex ei concedit constante matri-

monio, maritus censetur dominus dotis. *l. de his, C. de iu. dot. l. doce ancillam, C. de rei vend.* Item quoad fructus dotis, maritus fictione iuris censetur dominus dotis, quos percipit & lucra pro oneribus matrimonii. *l. pro oneribus, C. de iur. dot.* Verum inspecto effectu exituque, quia plerunque morte mariti aut diuortio soluto matrimonio, dos redit ad mulierem, & quia interim omne emolumétum ad eam pertinet. *l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond. & dem.* effectu scilicet, cum pro ea maritus vicissim onera matrimonii sustinere cogatur. *l. quamuis 75. ff. de Iu. dot.* mulier iure naturali est domina dotis, maritus fictione iuris ciuilis, *l. 6. §. fundum, l. si constãte, §. si maritus, ff. Sol. matr. l. 3. §. ergo. ff. de minor. l. Lucius, §. idem respondit. ff. ad Municipal.*

Obiicitur huic sententiæ, quod duo in solidum eiusdem rei domini esse non possunt. *l. si vt certo, §. si duobus, ff. Commod.* Igitur maritus & vxor non sunt dotalium rerũ domini. Resp. Dominium duplex est: Vnũ verum & efficax, quod mulier habet, quæ iure naturali domina est dotis. *d. l. in rebus.* Alterum fictum & imaginariũm, quod est apud maritum, qui fictione iuris dominus dotis esse censetur: Atqui dominium eiusdem rei apud plures diuerso respectu esse potest. Sic directum dominium agri emphyteutici habet dominus directus, qui prædiũ dedit in emphyteu-

phyteusin, vtile dominium habet emphyteuta, quia vtilis in rem actio illi conceditur. *l.1.ff. ag. vect. pe. l. possessores, C. de fun. patr. lib.* 11. Ita hanc quæstionem decidunt *Coras. libr.* 5. *Miscel. c.* 14. *Cuiac. lib.* 10. *Obs. c.* 32. *Guibert. de dotib. c.* 5.

Assertio XIII.

Pro restituenda vel conseruanda dote, maritus nō est cogendus fideiussorem dare, datus tamen tenetur.

PRobatur hæc sententia satis aperte ex *l.* 2. *C. ne fideiuss. dot. dent.* quæ dicit nullam fideiussionem exigendam esse à marito pro dote. loquitur ergo lex in eo casu, quo maritus inuitus cogitur ad dādum fideiussorem. Itaque à marito volente efficaciter datus fideiussor tenetur.

Obiicitur *l.* 1. *&* 2, *C. ne fideiuss. dot. dent.* Vbi dicitur, fideiussorem pro dote datum non teneri, ideo quod videatur ex fideiussio bonis moribus contraria, cum causam perfidiæ in connubio generet. Resp. Inciuile est ad dandum fideiussorem maritum dotis nomine cogendum esse; quia cum mulier sese vitamq; suam fidei mariti commisit, multo magis bona sua eius fidei commisisse censetur. Sed si à marito volēte datus sit fideiussor, efficaciter tenetur. Primo, quia omni obligationi fideius. accedere potest, *l.* 1. *ff. de fideiuss.* Secūdo, quia pignus à marito pro dote vxori dari potest, *l. quod autem* 7. *§. si vxor. de don.*

int.vi.& vx. Ergo & fideiussor, quia fideiussio similis est pignori dationi. *l.promissor. 2.§. vlt.ff.de const.pec.*

Secundo obstat *l.si constante,§. quoties, ff. Sol.mat.* Vbi maritus tenetur vxori satisdare restituenda dote. Resp. Ibi maritus soluto matrimonio, non constante, satisdat de restituenda dote, quo casu iure veteri non statim, sed annua, bima, trima die id est, tribus annuis pensionibus tenebatur dotem reddere, iure nouo intra annum, res dotales mobiles. *l.vnic.§ exactio,C.de rei vx.act.* Si ergo soluto matrimonio à muliere, vel eius hered.b. cōueniatur maritus ad restitutionem dotis, tūc nō sufficit nuda promissio, sed maritus tenetur datis fideiussoribus vel pignoribus, satisdare sua die dotem mulieri reddi.

Tertio aduersatur *l.cum dotis 55.ff. de iu dot.* vbi videtur adseri quod à marito fideiussor pro dote restituenda possit exigi. Resp. Ibi non à marito dari petitur fideiussor pro dote restituenda, sed è contra ab vxore, quæ marito dotem promittit, fideiussor postulatur pro dote danda. Probant hanc assertionē *Hot.in disput.de dotibus, Duaren. ad tit. de Iu: dot c.4.*

Postremo hoc argumentum in contrarium adfertur. Pacta quæ contra leges & bonos mores fiunt, nullius sunt momenti, *l. 6. C.de pact.* Sed pactum quo coniuges paciscūtur, vt à marito pro dote conseruanda fide-

iussor

iussor detur, est tale, quia fouetur & generatur causa perfidiæ in connubio. eo quod plus vxor fidat extraneo fideiussori quam marito; *l.2.C ne fideiuss.dot.den.* Ergo conuentio de fideiussore dando, etiam vltro à marito facta non valet. Resp. Lex non prohibet, ne maritus etiam volens, det fideiussorem, sed tantum inhibet, ne inuitus dare cogatur. At vero quoties preceptum prohibitiuum respicit commodum eius, cui fit prohibitio, tunc cõsilium potius est, quam præceptum. *l. filiusfa. §. Diui. de leg.1.* Vnde præceptum illud ne fideiussores det, quoad maritum non obligat; quia quilibet potest fauori suo renuntiare. *l. si iudex.41.ff. de min.* & volẽs non afficitur iniuria; *l.1.§.fi.ff. Quod fal.tut.auct. Trot. in addit. ad Bart. in l. si cõstante; § quoties; ff. Sol. matr.*

ASSERTIO XIV.

Pater tam diuiti, quam pauperi filiæ, modo legitima sit, dotem constituere cogitur, non vero naturali tantum.

PErtinet ad officium patris liberis suis dotem vel donationem propter nuptias dare; *l. vlt. C de dot.prom.* ubi dicitur, officium paternum esse liberos dotare. Quod ita accipiendum est, quod hoc magis necessitatis sit quam arbitrii & voluntatis paternæ. *l. dote, ff. de coll.bono. l. qui liberos; ff. de rit.nupt.* vbi dicitur, quod pater auctoritate magistratus potest compelli, vt filias nuptui collocet, & pro

modo facultatum dotem illis constituat. Sicut in simili ad officium iudicis dicitur pertinere, quod ex præscripto muneris publici, & iuris auctoritate cogatur, necessario cogitur facere, puta testes infames à testimonii dictione repellere, lites superfluas diminuere. *l. quidam. ff. Si cer. pet. l. quæsitum, ff. de test. Guiber. de dotib. c. 3.* Naturalem tamen filiam pater dotare non cogitur, *l. vxorem. 41. §. pater naturalis, de leg. 3.*

Obiicitur *l. si quis à liber. §. 2. ff. de lib. agn.* vbi dicitur, *patrem non teneri filiæ locupleti alimenta præstare, ergo nec ad dotandam eam tenetur.* Resp. Non procedit argumentum ab alimentis ad dotem, quia maior est fauor dotium ob vtilitatem publicam: publice enim interest, fœminas esse dotatas, vt facilius maritos inuenire possint. *l. 1. ff. Sol. mat.* Deinde legitima portio, cuius vicem hodie dos obtinet, etiam ditissimis liberis debetur, alimẽta vero non item. Cum ergo patri non liceat filiam locupletem exheredare, quinimo tenetur ei debitam portionem legitimam relinquere, *§. aliud, Nou. 15.* Ergo & in dote idem dicendum est, quippe cuius eadem fere inspectio est, quæ legitimæ portionis, vtpote cum dos in legitimam imputetur. *l. quoniam 29. C. de inoff.*

Secundo obiicitur, quod naturales liberi à parentibus sunt alendi. *§. pen. Nou. 89.* Ergo & dotari debent. Resp. Vt prius dictum est, non

non recte ab alimentis ad dotem ducitur argumentum. Nam hæc in iure sæpe distinguũtur. Sic enim liberti aliméta liberis patroni debent *d. l. si quis a liberis §, solent*, quos tamen dotare non compelluntur.

ASSERTIO XV.

Filia quæ dote acceptura, nihil amplius se ex hæreditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iuramento confirmauerit.

TExtus est expressus in *c. 2. Ext. de pact.* vbi additur ratio. quod omne iuramentum, quod præstitum, non vergit in æternæ salutis dispendium, est seruandum. Potest namque hoc pactũ iureiurando confirmari; quia non repugnat bonis moribus: sed ob id solum iure reprobatur, ne liberi modico præsente contenti, tandem plerumq; successionem repudient. *arg. l. cum hi. ff. de transact.* Quod ex eo patet, quod hoc pactum post mortem parentum initum, validum est. *l. si quando, §. 1. C. de inoff. test.* Alia pacta, quæ contra bonos mores sunt, hoc est, contra æquitatem honestatemve naturalem, iureiurando non possunt confirmari. *c. non est obligatorium. de R. I. in 6* quia iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis *c. quanto, Ex. de iureiur. Auth. quod eis, C. de nupt.* Tale est pactum de succedendo, quod omnino contra bonos mores est, & plenum periculosissimi tristissimique

euentus: nam viuentis mortem funesto & lugubri voto facit expectari. *l. ex eo. Cod. de inu.stip.l.vlt. Cod. de pact.l. donari, §. vlt. ff. de dona.* Ideóque hoc pactum iureiurando non corroboratur, *c. Quintauallis, Ex. de iureiur.*

Obiicitur primò, quod hoc pactum iuratum, quo liberi paterna hæreditate excludũtur, videtur esse contra bonos mores naturales: quia naturalis ratio, quasi tacita quædam lex, liberis hæreditatem parentum addicit. *l. vlt. ff. de bo. dam.* Resp. Non tota hęreditas parentum iure naturæ debetur liberis; sed legitima portio hęreditatis tantum, eoque sensu *d. l. vlt.* accipi potest. Vnde & si renuntiatio successionis fiat pro minore quantitate, quã est legitima, absolutionem à iuramento concedi posse affirmat *Peck ad d. c. non est obligatorium.*

Secundò obstat, quod pacta siue iuramenta contra leges inita non valent. *l. non dubium C. de leg.* Sed legibus hoc pactum prohibetur, quo filia dotata renunciat futuræ successioni. Ergo iuramẽto confirmari non potest: *l. pactum, C. de Colla:* Resp. ex sententia Dyni ad *d. c. non est.* Aut prohibetur aliquod pactum legibus propter turpitudinem sui; & hoc pactum iuramento non confirmatur: Nam Christianus homo ita institutus esse debet, vt mortem potius oppetat, quam impium vel inhonestum quid promittat vel admittat;

mittat. Et valere hîc debet aurea & præclara illa Isidori sententia, *In malis promissis rescinde fidem, in turpi voto muta decretum. Quod incaute vouisti, ne facias. Impia est promissio, quæ scelere adimpletur. c. in malis 22. q. 4.* Aut prohibetur aliquid in priuilegium & fauorem personæ, & tunc iuramentum interpositum ab eo, in cuius fauorem prohibitio facta est, est obligatorium, & confirmat rem, de qua agitur. *Auth. sacramenta, C. Si adu. vendit.*

Tertio, aduersatur *l. 1. §. si parens, ff. Si à paren. quis mã.* in qua lege filius certis rebus datis patri pactus est, ne pater extrema sua iudicia inquietaret, & dicitur ibi, hoc pactum de non succedendo valere, licet non sit iureiurando confirmatum. Resp. Ibi filius tantum dedit patri, quantum sufficit ad legitimam. Itaq; pater excluditur à successione filii, non propter pactum, sed quia tantum accepit, quantum sufficit ad legitimam. Lex enim statuit, vt citra vllam pactionem legitima relicta liberis vel parentibus excludat querelam inofficiosi. *l. si non mortis 25. ff. de inoff.* Filia tamen enormiter læsa, non obstante renunciatione iurata, potest ex capite enormis læsionis contrauenire renuntiationi, petita prius absolutione à iuramento, *l. si superstite. C. de dolo. Maran. in spec. aur. disp. 10. num. 42.* quia pater in bonis habebat decem millia, filia acceptis in dotem ducentis, renun-

ciauit hereditati paternæ. *Ferra. in for. libel. ad pœnam ex compro.* Ratio est, quia magna & enormis lęsio inducit præsumptionem doli, & consequenter rescissioni renuntiationis, locus est: *l. omnis, §. Lucius, ff. Quæ in fraude cred. Minſ. cent. 5. Obſ. 59. & 60.* vbi notat secundum hanc sententiam in Camera impetrari pronuntiatum. Quod tamen fallit, nisi mulier sciens hæreditatis ęstimationem, sponte & ex certa scientia renuntiauit; nam tunc nō restituitur contra renunciationem, quia scienti & volenti non fit iniuria. Cōmunis est DD. opinio, teste Viuio *in com. opin. in loco Mulier.*

ASSERTIO XVI.

Socer de dote conuentus, tantum in id quod facere potest, tenetur.

QVæstio magna est, de socero de dote cōuento, an priuilegium ei tribuatur, vt quatenus facere potest, condemnetur? Est autem socer vel mariti, vel vxoris pater. *l. 4. §. gradus, ff. de grad. & affin.* Et aduersus vtrūque actio esse potest, aduersus patrem mariti, de dote repetenda, quæ filiofamilias soluta est: aduersus patrem vxoris, de dote, quam ipse genero promisit. De mariti patre constanter traditum est, eum in id, quod facere potest, esse condemnandum *l. rei iudicatæ 15. § socero, ff. Sol. matr. l. sicut autem 21. ff. de re iud.* Ratio est, quia parentibus id beneficium competit, socer autem parentis loco est. *l. quia 16. ff. Sol. mat.* De mariti socero, id est,

id est, vxoris patre, maior est controuersia. Paulus enim in *l. ex diuerso ff. Sol. mat.* hoc beneficium ei competere scribit, quod in *l. 21. ff. de re iud* negat. Quas lege *d. l. ex diuerso*, Duarenus sic conciliat, vt ex duabus vnam faciat, vt hic sit sensus, Neratio & Proculo æquum visum fuisse, socerum à marito conuentum, in id quod facere potest, condemnari; sed vsu aliter receptum est, id est, non probari hanc æquitatem vulgo. Quæ conciliatio plus habet subtilitatis, quam vtilitatis. Magis placet solutionem ex alio responso Pauli petere, quod extat in *l. penul ff. de iu dot.* vbi ita hæc conciliantur, vt scilicet, si cõstante matrimonio maritus à socero dotem petat, socer tãtum in id, quod facere potest, sit condemnandus, soluto vero matrimonio in solidum, *l sed hoc ita 22. ff. de re iud.* Ratio est, quia affinitates eas tantum accipere debemus quæ durant, non quæ aliquando fuerũt. Vnde diremta affinitate, quæ causam dedit huic priuilegio, expirat quoq; priuilegium, *l. 3. ff. de postul.* Quod ita tamen demum verum est, si aliqua fraus in socero arguatur, vt scilicet, cum sciret se soluendo non esse, ampliorem dotem promiserit genero, quam præstare posset, vt hac fraude eum ad matrimonium contrahendum induceret, tunc enim ab hoc priuilegio arcebitur. *Costal. in d. l. pen.*

ASSERTIO XVII.

Necessarias impēsas quilibet tam bonę quam malæ fidei possessor deducit. Vtiles bonæ fidei possessor deducit: Malæ vero fidei possessor easdem aufert, siquidem sine læsione status prioris rei auferre potest.

PRobatur hæc decisio per *l.domum.C.de rei vend.* vbi Gl.& DD.omnes communiter ita statuunt. Et quidem de necessariis impensis, quod eas indistincte malæ fidei possessor deducat, nulla dubitatio est, *d.l.domum.* quia sibi imputaretur, si non faceret. Nam si quid quod necessario faciendum erat, omittat, & damni hinc aliquid existat, tenetur illud malę fidei possessor domino resarcire. *Bart.in l.in fundo.ff.de rei vend.*

De vtilib.impensis tantum mouetur controuersia; sed verior est sententia, bonæ fidei possessorem eas omnimodo deducere, malæ autē fidei possessori vtiles impensas, quod sine structuræ detrimento fiat, tollere tantū permitti, hoc est, malæ fidei possessor vtiles impensas quidem detrahit, sed non cōsequitur earum æstimationem. *Menoch.de recup. possess.remed.15.num.513.*

Sed obiicitur, *§.ex diuerso, Inst.de rer. diuis.* vbi dicitur, quod malæ fidei possessori nulla competat impensarum deductio. Hanc antinomiam communiter DD. tali distinctione temperant. Aut malę fidei possessor fecit impensas in reficiendo, seu fulciendo, & tales impen-

impēſas vtiles repetit. Aut de nouo ædificādo vtiliter aliquid impendit, & tunc non deducit impēſas: quia ſi de nouo ędificium extruxit, ſciens aream eſſe alienam, nec cauſam habet à domino, tunc omne quod impendit, donaſſe videtur. *Cātiun. ad d. §. ex diuerſo. Alcia. ad l. impenſæ, de ver. ſign.*

Balduinus in *d. §.* ex diuerſo melius & verius ſentire videtur, videlicet quod ſtricto iure malæ fidei poſſeſſor repetitionem vtilium impenſarum non habeat, cum videatur donaſſe: ex æquitate vero denegari ei auxilium nō poſſe, ſiquidem impenſæ quæ factæ ſunt, ſine lęſione & detrimento rei auferri poſſint: & ſic intelligitur *d. l. domum, & l. in fundo, ff. de rei vend.* Quam diſtinctionem probat *IC. in l. plane 38 ff. de pe. her.*

Secundo obiicitur *l. in fundo, ff. de rei vend.* vbi bonę fidei poſſeſſori permittitur tantum vtiles impenſas tollere, non ergo plene conſequitur id, quod impenſum eſt vtiliter; quia tollere tantum poteſt id, quod ſine læſione ſtatus prioris rei auferre poteſt, non vero cōſequitur vtilium ſumtuum æſtimationem. Diſtinguendum. Aut dominus eſt diues, qui poteſt ſine graui detrimento vtiles expenſas reddere, & tunc reddet prædictas expenſas. *tex. in d. l. in fundo, verſ. finge pauperem.* ſumto argumento à contrario ſenſu. Aut dominus eſt pauper, & tunc non cogitur vtiles impenſas reddere, ſed bonæ fidei poſſeſſori permit-

titur eas tantum auferre, si sine læsione rei tolli possunt. *Bart. in d. l. in fundo.*

Tertio obiicitur *l. si seruus seruum 27. §. si oliuam, ff. ad l. Aquil.* vbi qui in alieno fundo segetem desecuit, vel maturas vuas collegit, non repetit impensas factas, cum tamen sint vtiles. Resp. Ideo ibi non repetuntur sumptus, quia qui fecit sumptus, non possidebat fundum, ideoq; donare censetur impensas, quia sciens in alieno fecit. *Cuiac. libr. 10. Obs. cap. 1.*

Illud notandum est, quod bonæ fidei ædificator, qui est in possessione ædificii, si conueniatur, habet exceptionem doli pro retẽtione impensarum. Si vero à possessione ceciderit, actionem nullam habet, *l. Paulus 14. ff. de except. dol.* Ratio est. quia actio oritur ex obligatione: nullum autẽ negocium hoc casu inter dominum & ædificantem gestũ est. nihil vltro citroque contractum est, proinde nulla obligatione & actione dominus tenetur. *l. si in area 33. ff. de cond. inde.* Martinus autẽ vetus Glossator dat bonæ fidei possessori ex æquitate actionem, teste *Azone in sum. C. de rei vend. num. 26.* Quod probat & sequitur Castren. in *d. l. si in area*, vbi notat ædificanti bona fide in alieno solo, de rigore iuris nõ concedi actionem, sed ex æquitate competere actionem in factum, ex *l. si & me & Titium. ff. si cer. pet.* & refert se ita consuluisse in causa cuiusdam Florentini. *Hieron. Franc. ad*

l. culpa

l.culpa 36.de R I. Quinimo si per errorem bonæ fidei possessor prædia restituit, non deductis sumtibus dabitur ei condictio incerti, id est, condictio possessionis, cuius retentione sumtus seruare poterit. *l. si vxor filio, ff. de don. int. vi. & vx. l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de cond. indeb. l. heres 21 ff. ad SC. Trebel. Cuiac. lib. 10. Obs. c. 4. Ferrar. in for. resp. rei conuen.*

ASSERTIO XVIII.

Tutor filiis datus, nepotibus datus non censetur.

HÆc assertio expresse traditur in *l. 5. & 6. ff. de test. tuto. & §. vlt. Inst. Qui testa. tuto.* Obiicitur *l. liberorum 220 ff. de V. S.* vbi dicitur filiorum appellatione nepotes cõtineri. Resp. Hoc non ex significatione & proprietate verbi, sed ex mente & voluntate loquentis accipiendum est, scilicet cum id sensit is, qui de filiis locutus est: nam ex verbi significatione & proprietate, aliter filii aliter nepotes appellantur. *d. l. 6.* Deinde cum hac exceptione ait Callistratus in *d. l. 220.* filiorum appellatione ex mẽte parentis nepotes contineri, nisi voluntas testatoris aliter se habet. Quod autem tutore filiis dato, non contineãtur nepotes, id etiam procedit ex volũtate & sẽtẽtia testatoris, tum ne nimis onerentur tutores, qui forte non possint sufficere omnibus pupillis tuendis, tũ quia non expedit eundum tutorem dari filiis & nepotibus, quia fieri potest, vt omnium administrationi non sufficit. Adde quod nihil nocebit

ne potibus, eundem tutorem ipsis non dari, quia poterit nepotibus, cessante testamentario tutore, per iudicem de tutore prouideri, *Donel.lib.3.com.c.4.*

Secundo obiicitur *l.si filius, C. ad SC. Maced.* vbi dicitur, quod licet SC. Macedonianum loquatur tantum de filiis, tamen etiam locum habet in nepotibus constitutis in potestate. Resp. In fauorabilibus, & quãdo manifesta vtilitas hoc suadet, nomen filiorum etiã ad nepotes & pronepotes extenditur; vt in SC. Macedoniano, quod fauore filiorumf. introductum est, ne ex mutuo sine voluntate patris accepto, teneantur. Item cum filiis aliquid legatur, deficientibus filiis, etiam nepotibus debetur, *d.l. liberorum, Contius ad d.§.vlt.* Sic etiamsi pater filios instituit heredes, præmortuis filiis, nepotes ex iis relicti instituti quoque censentur. *l. Lucius 85. ff. de her.inst. Alcia. ad l.filij 84.ff.de V.S.*

Assertio XIX.

Suspectus tutor ob latam culpam remotus, non fit infamis.

Confirmatur hæc thesis euidẽtibus & apertis verbis in *§. suspect. Inst. de susp. tut.*

Contrarium, quod ob latam culpam remotus tutor fiat infamis, probatur ex *l. 1. ff. si men.fal.mo.l.quod Nerua.ff.depos.l.1.§. is quoque, ff. de obl. & act.* vbi dicitur, quod lata culpa dolus sit, & in doli crimẽ incidat. Igitur sicut ob dolum suspectus tutor fit infamis, sic quoque

que ob latã culpam. Resp. In pœnis pecuniariis & ciuilibus, lata culpa pro dolo habetur, *l.1.§.nõ autem, ff. si quis test. lib. esse iuss.* sed quãdo infligẽda est pœna corporalis vel infamię lata culpa doli nomine non continetur. *l. in leg.7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* fama enim & vita hominis æquiparantur. *l. iusta, ff. de manum. vind.*

Secundo aduersatur huic sententiæ, quod tutor dicitur integra existimatione abire à tutela, si ob segnitiẽ à tutela remoueatur. *l. 3. §. vlt. ff. de susp. tuto.* Ergo à contrario colligitur, quod si ob latam negligẽtiam remoueatur, fiat infamis. Segnitiei enim & desidiæ appellatione absolute posita, solent IC. leuem culpam demonstrare. *l. contractus, de R. I. Baro ad d. §. suspectus.* Resp. Probabilis hîc videtur Zazij & Mynſ. distinctio, quod lata culpa alia sit versutiæ, alia ignauiæ. Culpa versutiæ est, cũ quis ex versuto & malo animo res alienas affectata segnitie negligit, cũ in reb. suis curandis & custodiendis prouidus sit & diligens. Exempla sunt in *d. l. quod Nerua. l. idemque 10. §. generaliter, & l. si fideiussor, 26. ff. Manda.* Hæc culpa vbique dolo comparatur, & pari iure cum dolo censetur. Culpa ignauiæ, est supina & nimia negligentia, vt si quis ignoret, quod omnes sciunt & intelligunt, *l. latæ culpæ 223. de V. S.* Hæc lata culpa ignauiæ dolo non comparatur, vt quæ plus

habet ſtultitiæ&inſcitiæ quam malitiæ. *Minſ. ad d.§.ſuſpectus.*

ASSERTIO XX.

Teſtamenti factio Iuris Ciuilis, potius eſt, quam gentium.

TEſtamẽtum iure ciuili originem habuiſſe,& introductum eſſe tenet *Bart. in l. ex hoc iure.ff.de iuſt.& iu.Caſtren.in l.3.ff.de teſta.*Idque probatur primo ex § *ſed cum paulatim,Inſt.de teſt.ord.* vbi dicitur ius teſtamentorum tripartitum eſſe, & referri partim ad ius ciuile, partim ad ius prætorium, partim ad conſtitutiones principum, neq; fit vllius teſtamenti à iure gentium introducti mentio. Secundo probat hoc *l.verbis legis,de V. S.* vbi dicitur heredum iuſtituendorũ facultatem à legibus xii. Tab. datam eſſe, ergo teſtamentum eſt iuris ciuilis, cum heres niſi teſtamento inſtitui non poſſit. §.*ante heredis, Inſtit. de legat.* Tertio probatur ex eo, quod deportati non amittunt ea, quæ ſunt iuris gentium. *l. quidam.ff.de pœn.*ſed nec teſtamentum facere, nec ex teſtamento capere deportati, poſſunt.*l.C.de here.inſt.*Ergo teſtamentum non eſt iuris gentium.*l 2.C.de bo.proſcrip.* vbi dicitur, quod deportatus moriens non relinquit heredem: Quarto adducitur fortiſſimus tex. in §.*vlt.Inſt.de vſu & habit.* vbi teſtamentum ponitur inter modos acquirẽdi dominii iuris ciuilis.

Verum DD. communiter ſtatuunt, quod teſta-

testamẽtum sit origine iuris gentium, forma autem iuris ciuilis. *Vigil. ad §.1.Inst. de test. ord DD.in l.1.& l.interdum.ff. de cond. indeb.* Adducunt pro hac opinione *caput 25.& 27. Genes.* vbi Abraham reliquit omnia sua bona Isaaco post mortem: item Isaac dedit hereditatem suam Iacobo, excluso Esau Respon. quod hi patres non forma testamẽti, sed benedictione &alio quouis modo bona sua reliquerunt liberis. Illa enim vltima voluntas non dicebatur testamentum, cum testamẽtum sit à iure ciuili postea introductũ. Quoties enim ius ciuile actui alicui nomẽ & formam tribuit, ille actus censetur iuris ciuilis, vt petat in stipulatione, quæ quia formam & nomen à iure ciuili accepit, iuris ciuilis esse dicitur. *§.de constituta.Inst.de act.* Sic testamẽto ius ciuile dedit formam & nomen. *§.1.& 2. Inst.de testa.ord.* ergo à iure ciuili introductũ est. Quod autem iuris gentium non sit, probatur ex eo quoque, quod omnes gentes testamentorum vsum non obseruauerunt. Sic apud Germanos testandi in vsu non fuisse Tacitus scriptum reliquit.

Multum autem prodest inuestigare, vtrum iure ciuili, an gentium testamentum sit introductum: quia si statuimus esse iuris ciuilis, poterit statuto disponi, quod nemo possit testamentum condere; prout in Ducatu Geldriæ vsu obtinet, in quo nulli de rebus immobilib. testamentũ condere licet. Si ve-

modo facultatum dotem illis constituat. Sicut in simili ad officium iudicis dicitur pertinere, quod ex præscripto muneris publici, & iuris auctoritate cogatur, necessario cogitur facere, puta testes infames à testimonii dictione repellere, lites superfluas diminuere. *l. quidam. ff. Si cer. pet. l. quæsitum, ff. de test. Guiber. de dotib. c. 3.* Naturalem tamen filiam pater dotare non cogitur, *l. vxorem. 41. §. pater naturalis, de leg. 3.*

Obiicitur *l. si quis à liber. §. 2. ff. de lib. agn.* vbi dicitur, *patrem non teneri filiæ locupleti alimenta præstare. ergo nec ad dotandam eam tenetur.* Resp. Non procedit argumentum ab alimentis ad dotem, quia maior est fauor dotium ob vtilitatem publicam: publice enim interest, fœminas esse dotatas, vt facilius maritos inuenire possint. *l. 1. ff. Sol. mat.* Deinde legitima portio, cuius vicem hodie dos obtinet, etiam ditissimis liberis debetur, alimēta vero non item. Cum ergo patri non liceat filiam locupletem exheredare, quin imo tenetur ei debitam portionem legitimam relinquere, *§. aliud, Nou. 15.* Ergo & in dote idem dicendum est, quippe cuius eadem fere inspectio est, quæ legitimæ portionis, vtpote cum dos in legitimam imputetur. *l. quoniam 29. C. de inoff.*

Secundo obiicitur, quod naturales liberi à parentibus sunt alendi. *§. pen. Nou. 89.* Ergo & dotari debent. Resp. Vt prius dictum est,

non

non recte ab alimentis ad dotem ducitur argumentum. Nam hæc in iure sępe distinguũtur. Sic enim liberti alimẽta liberis patroni debent *d l. si quis a liberis §, solent*, quos tamen dotare non compelluntur.

ASSERTIO XV.

Filia quæ dote accepta, nihil amplius se ex hæreditate patris accepturam promisit, ab intestato patri succedere non prohibetur, nisi pactum iuramento confirmauerit.

TExtus est expressus in *c. 2. Ext. de pact.* vbi additur ratio, quod omne iuramentum, quod præstitum, non vergit in æternæ salutis dispendium, est seruandum. Potest namque hoc pactũ iureiurando confirmari; quia non repugnat bonis moribus: sed ob id solum iure reprobatur, ne liberi modico præsente contenti, grandem plerumq; successionem repudient. *arg. l cum hi. ff. de transact.* Quod ex eo patet, quod hoc pactum post mortem parentum initum, validum est. *l. si quando, §. 1. C. de inoff. test.* Alia pacta, quæ contra bonos mores sunt, hoc est, contra æquitatem honestatemve naturalem, iureiurando non possunt confirmari. *c. non est obligatorium. de R. I. in 6* quia iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis *c. quanto, Ex. de iureiur. Auth. quod eis, C. de nupt.* Tale est pactum de succedendo, quod omnino contra bonos mores est, & plenum periculosissimi tristissimique

euentus: nam viuentis mortem funesto & lugubri voto facit expectari. *l. ex eo. Cod. de inu.stip. l. vlt. Cod. de pact. l. donari, §. vlt. ff. de dona.* Ideoque hoc pactum iureiurando non corroboratur, *c. Quintauallis, Ex. de iureiur.*

Obiicitur primo, quod hoc pactum iuratum, quo liberi paterna hæreditate excludũtur, videtur esse contra bonos mores naturales: quia naturalis ratio, quasi tacita quædam lex, liberis hæreditatem parentum addicit. *l. vlt. ff. de bo. dam.* Resp. Non tota hęreditas parentum iure naturæ debetur liberis; sed legitima portio hęreditatis tantum, eoque sensu *d. l. vlt.* accipi potest. Vnde & si renunciatio successionis fiat pro minore quantitate, quã est legitima, absolutionem àiuramento concedi posse affirmat *Peck ad d. c. non est obligatorium.*

Secundo obstat, quod pacta siue iuramenta contra leges inita non valent. *l. non dubium C. de leg.* Sed legibus hoc pactum prohibetur, quo filia dotata renunciat futuræ successioni. Ergo iuraměto confirmari non potest. *l. pactum, C. de Colla.* Resp. ex sententia Dyni ad *d. c. non est.* Aut prohibetur aliquod pactum legibus propter turpitudinem sui; & hoc pactum iuramento non confirmatur: Nam Christianus homo ita institutus esse debet. vt mortem potius oppetat, quam impium vel inhonestum quid promittat vel admittat;

mittat. Et valere hîc debet aurea & præclara illa Isidori sententia, *In malis promissis rescinde fidem, in turpi voto muta decretum. Quod incaute vouisti, ne facias. Impia est promissio, quæ scelere adimpletur. c. in malis 22. q. 4.* Aut prohibetur aliquid in priuilegium & fauorem personæ, & tunc iuramentum interpositum ab eo, in cuius fauorem prohibitio facta est, est obligatorium, & confirmat rem, de qua agitur. *Auth. sacramenta, C. Si adu. vendit.*

Tertio, aduersatur *l. 1. §. si parens, ff. Si à paren. quis mā.* in qua lege filius certis rebus datis patri pactus est, ne pater extrema sua iudicia inquietaret, & dicitur ibi, hoc pactum de non succedendo valere, licet non sit iureiurando confirmatum. Resp. Ibi filius tantum dedit patri, quantum sufficit ad legitimam. Itaq; pater excluditur à successione filii, non propter pactum, sed quia tantum accepit, quantum sufficit ad legitimam. Lex enim statuit, vt citra vllam pactionem legitima relicta liberis vel parentibus excludat querelam inofficiosi. *l. si non mortis 25. ff. de inoff.* Filia tamen enormiter læsa, non obstante renunciatione iurata, potest ex capite enormis læsionis contrauenire renuntiationi, petita prius absolutione à iuramento, *l. si superstite. C. de dolo. Maran. in spec. aur. disp. 10. num. 42.* vt quia pater in bonis habebat decem millia, & filia acceptis in dotem ducentis, renun-

ciauit hereditati paternæ. *Ferra.in for. libel. ad pœnam ex compro.* Ratio eſt, quia magna & enormis lęſio inducit præſumptionem doli, & conſequenter reſciſſioni renuntiationis, locus eſt: *l. omnis, §. Lucius, ff. Quæ in fraude cred. Minſ. cent. 5. Obſ. 59. & 60.* vbi notat ſecundum hanc ſententiam in Camera impeiri pronuntiatum. Quod tamen fallit, niſi mulier ſciens hæreditatis ęſtimationem, ſponte & ex certi ſcientia renuntiauit; nam tunc nō reſtituitur contra renunciationem, quia ſcienti & volenti non fit iniuria. Cōmunis eſt DD. opinio, teſte Viuio *in com. opin. in loco Mulier.*

ASSERTIO XVI.

Socer de dote conuentus, tantum in id quod facere poteſt, tenetur.

QVæſtio magna eſt, de ſocero de dote cōuento, an priuilegium ei tribuatur, vt quatenus facere poteſt, condemnetur? Eſt autem ſocer vel mariti, vel vxoris pater. *l. 4. §. gradus, ff. de grad. & affin.* Et aduerſus vtrūque actio eſſe poteſt, aduerſus patrem mariti de dote repetenda, quæ filiofamilias ſoluta eſt: aduerſus patrem vxoris, de dote, quam ipſe genero promiſit. De mariti patre conſtanter traditum eſt, eum in id, quod facere poteſt, eſſe condemnandum *l. rei iudicatæ 15. § ſocero, ff. Sol. matr. l. ſicut autem 21. ff. de re iud.* Ratio eſt, quia parentibus id beneficium competit, ſocer autem parentis loco eſt *l. quia 16. ff. Sol. mat.* De mariti ſocero, id eſt,

id est, vxoris patre, maior est controuersia. Paulus enim in *l. ex diuerso, ff. Sol. mat.* hoc beneficium ei competere scribit, quod in *l. 21. ff. de re iud* negat. Quas lege *d. l. ex diuerso*, Duarenus sic conciliat, vt ex duabus vnam faciat, vt hic sit sensus, Neratio & Proculo æquum visum fuisse, socerum à marito conuentum, in id quod facere potest, condemnari; sed vsu aliter receptum est, id est, non probari hanc æquitatem vulgo. Quæ conciliatio plus habet subtilitatis, quam vtilitatis. Magis placet solutionem ex alio responso Pauli petere, quod extat in *l. penul ff. de iu dot.* vbi ita hæc conciliantur, vt scilicet, si cõstante matrimonio maritus à socero dotem petat, socer tãtum in id, quod facere potest, sit condemnandus, soluto vero matrimonio in solidum, *l sed hoc ita 22. ff. de re iud.* Ratio est, quia affinitates eas tantum accipere debemus quæ durant, non quæ aliquando fuerũt. Vnde diremta affinitate, quæ causam dedit huic priuilegio, expirat quoq; priuilegium, *l. 3. ff. de postul.* Quod ita tamen demum verum est, si aliqua fraus in socero arguatur, vt scilicet, cum sciret se soluendo non esse, ampliorem dotem promiserit genero, quam præstare posset, vt hac fraude eum ad matrimonium contrahendum induceret, tunc enim ab hoc priuilegio arcebitur. *Costal. in d. l. pen.*

Assertio XVII.

Necessarias impẽsas quilibet tam bonę quam malæ fidei possessor deducit. Vtiles bonæ fidei possessor deducit: Malæ vero fidei possessor easdem aufert, siquidem sine læsione status prioris rei auferre potest.

PRobatur hæc decisio per *l. domum. C. de rei vend.* vbi Gl. & DD. omnes communiter ita statuunt. Et quidem de necessariis impensis, quod eas indistinctè malæ fidei possessor deducat, nulla dubitatio est, *d. l. domum.* quia sibi imputaretur, si non faceret. Nam si quid quod necessario faciendum erat, omittat, & damni hinc aliquid existat, tenetur illud malę fidei possessor domino resarcire. *Bart. in l. in fundo. ff. de rei vend.*

De vtilib. impensis tantum mouetur controuersia; sed verior est sententia, bonæ fidei possessorem eas omnimodo deducere, malæ autẽ fidei possessori vtiles impensas, quod sine structuræ detrimento fiat, tollere tantũ permitti, hoc est, malæ fidei possessor vtiles impensas quidem detrahit, sed non cõsequitur earum æstimationem. *Menoch. de recup. possess. remed. 15. num. 513.*

Sed obiicitur, *§. ex diuerso, Inst. de rer. diuis.* vbi dicitur, quod malæ fidei possessori nulla competat impensarum deductio. Hanc antinomiam communiter DD. tali distinctione temperant. Aut malę fidei possessor fecit impensas in reficiendo, seu fulciendo, & tales impen-

impēsas vtiles repetit. Aut de nouo ædificādo vtiliter aliquid impendit, & tunc non deducit impēsas: quia si de nouo ędificium extruxit, sciens aream esse alienam, nec causam habet à domino, tunc omne quod impendit, donasse videtur. *Cātiun. ad d. §. ex diuerso. Alcia. ad l. impensæ, de ver. sign.*

Balduinus in *d. §.* ex diuerso melius & verius sentire videtur, videlicet quod stricto iure malæ fidei possessor repetitionem vtilium impensarum non habeat, cum videatur donasse: ex æquitate vero denegari ei auxilium nō posse, siquidem impensæ quæ factæ sunt, sine lęsione & detrimento rei auferri possint: & sic intelligitur *d. l. domum, & l. in fundo, ff. de rei vend.* Quam distinctionem probat *IC. in l. plane 38. ff. de pe. her.*

Secundo obiicitur *l. in fundo, ff. de rei vend.* vbi bonę fidei possessori permittitur tantum vtiles impensas tollere, non ergo plene consequitur id, quod impensum est vtiliter, quia tollere tantum potest id, quod sine læsione status prioris rei auferre potest, non vero cōsequitur vtilium sumtuum æstimationem. Distinguendum. Aut dominus est diues, qui potest sine graui detrimento vtiles expensas reddere, & tunc reddet prædictas expensas. *tex. in d. l. in fundo, vers. finge pauperem.* sumto argumento à contrario sensu. Aut dominus est pauper, & tunc non cogitur vtiles impensas reddere, sed bonæ fidei possessori permit-

titur eas tantum auferre, si sine læsione rei tolli possunt. *Bart. in d. l. in fundo.*

Tertio obiicitur *l. si seruus seruum 27. §. si oliuam, ff. ad l. Aquil.* vbi qui in alieno fundo segetem desecuit, vel maturas vuas collegit, non repetit impensas factas, cum tamen sint vtiles. Resp. Ideo ibi non repetuntur sumptus, quia qui fecit sumptus, non possidebat fundum, ideoq; donare censetur impensas, quia sciens in alieno fecit. *Cuiac. libr. 10. Obs. cap. 1.*

Illud notandum est, quod bonæ fidei ædificator, qui est in possessione ædificii, si conueniatur, habet exceptionem doli pro retẽtione impensarum. Si vero à possessione ceciderit, actionem nullam habet, *l. Paulus 14. ff. de except. dol.* Ratio est. quia actio oritur ex obligatione: nullum autẽ negocium hoc casu inter dominum & ædificantem gestũ est. nihil vltro citroque contractum est, proinde nulla obligatione & actione dominus tenetur. *l. si in area 33. ff. de cond. inde.* Martinus autẽ vetus Glossator dat bonæ fidei possessori ex æquitate actionem, teste *Azone in sum. C. de rei vend. num. 26.* Quod probat & sequitur Castren. in *d. l. si in area*, vbi notat ædificanti bona fide in alieno solo, de rigore iuris nõ concedi actionem, sed ex æquitate competere actionem in factum, ex *l. si & me & Titium. ff. si cer. pet.* & refert se ita consuluisse in causa cuiusdam Florentini. *Hieron. Franc. ad*

l. culpa

l.culpa 36.de R I. Quinimo si per errorem bonæ fidei possessor prædia restituit, non deductis sumtibus dabitur ei condictio incerti, id est, condictio possessionis, cuius retentione sumtus seruare poterit. *l.si vxor filio, ff. de don. int.vi.& vx. l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de cond. indeb. l. heres 21 ff. ad SC. Trebel. Cuiac. lib. 10. Obs. c. 4. Ferrar. in for. resp. rei conuen.*

ASSERTIO XVIII.

Tutor filiis datus, nepotibus datus non censetur.

HÆc assertio expresse traditur in *l. 5. & 6. ff. de test. tuto. & §. vlt. Inst. Qui testa. tuto.* Obiicitur *l. liberorum 220 ff. de V. S.* vbi dicitur filiorum appellatione nepotes cõtineri. Resp. Hoc non ex significatione & proprietate verbi, sed ex mente & voluntate loquentis accipiendum est, scilicet cum id sensit is, qui de filiis locutus est; nam ex verbi significatione & proprietate, aliter filii aliter nepotes appellantur. *d. l. 6.* Deinde cum hac exceptione ait Callistratus in *d. l. 220.* filiorum appellatione ex mẽte parentis nepotes contineri, nisi voluntas testatoris aliter se habet. Quod autem tutore filiis dato, non contineãtur nepotes id etiam procedit ex volũtate & sentẽtia testatoris, tum ne nimis onerentur tutores, qui forte non possint sufficere omnibus pupillis tuendis, tũ quia non expedit eundum tutorem dari filiis & nepotibus, quia fieri potest, vt omnium administrationi non sufficit. Adde quod nihil nocebit

ne potibus, eundem tutorem ipsis non dari, quia poterit nepotibus, cessante testamentario tutore, per iudicem de tutore prouideri, *Donel.lib.3.com.c.4.*

Secundo obiicitur *l.si filius, C. ad SC. Maced.* vbi dicitur, quod licet SC. Macedonianum loquatur tantum de filiis, tamen etiam locum habet in nepotibus constitutis in potestate. Resp. In fauorabilibus, & quādo manifesta vtilitas hoc suadet, nomen filiorum etiā ad nepotes & pronepotes extenditur; vt in SC. Macedoniano, quod fauore filiorumf. introductum est, ne ex mutuo sine voluntate patris accepto, teneantur. Item cum filiis aliquid legatur, deficientibus filiis, etiam nepotibus debetur, *d.l.liberorum, Contius ad d.§.vlt.* Sic etiamsi pater filios instituit heredes, præmortuis filiis, nepotes ex iis relicti instituti quoque censentur. *l.Lucius 85.ff. de her.inst. Alcia, ad l.filij 84.ff.de V.S.*

ASSERTIO XIX.

Suspectus tutor ob latam culpam remotus, non fit infamis.

Confirmatur hæc thesis euidētibus & apertis verbis in *§.suspect.Inst. de susp. tut.*

Contrarium, quod ob latam culpam remotus tutor fiat infamis, probatur ex *l. 1. ff. si men.fal.mo.l.quod Nerua ff.depos.l.1.§. is quoque, ff. de obl. & act.* vbi dicitur, quod lata culpa dolus sit, & in doli crimē incidat. Igitur sicut ob dolum suspectus tutor fit infamis, sic quoque

que

que ob latã culpam. Resp. In pœnis pecuniariis &ciuilibus, lata culpa pro dolo habetur, *l.1.§.nõ autem, ff. si quis test. lib. esse iuss.* sed quãdo infligẽda est pœna corporalis vel infamię lata culpa doli nomine non continetur. *l. in leg.7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* fama enim & vita hominis æquiparantur. *l. iusta, ff. de manum. vind.*

Secundo aduersatur huic sententiæ, quod tutor dicitur integra existimatione abire à tutela, si ob segnitiẽ à tutela remoueatur. *l. 3. §. vlt. ff. de susp. tuto.* Ergo à contrario colligitur, quod si ob latam negligẽtiam remoueatur, fiat infamis. Segnitiei enm & desidiæ appellatione absolute posita, solent IC. leuem culpam demonstrare. *l. contractus, de R. I. Baro ad d. §. suspectus.* Resp. Probabilis hîc videtur Zazij & Mynſ. distinctio, quod lata culpa alia sit versutiæ, alia ignauiæ. Culpa versutiæ est, cũ quis ex versuto & malo animo res alienas affectata segnitie negligit, cũ in reb. suis curandis & custodiendis prouidus sit & diligens. Exempla sunt in *d. l. quod Nerua. l. idemque 10. §. generaliter, & l. si fideiussor, 26. ff. Manda.* Hæc culpa vbique dolo comparatur, & pari iure cum dolo censetur. Culpa ignauiæ, est supina & nimia negligentia, vt si quis ignoret, quod omnes sciunt & intelligunt, *l. latæ culpæ 223. de V. S.* Hæc lata culpa ignauiæ dolo non comparatur, vt quæ plus

testamẽtum sit origine iuris gentium,forma autem iuris ciuilis. *Vigil. ad §.1.Inst. de test. ord DD.in l.1.& l.interdum ,ff. de cond. indeb.* Adducunt pro hac opinione *caput 25 & 27. Genes.* vbi Abraham reliquit omnia sua bona Isaaco post mortem: item Isaac dedit hereditatem suam Iacobo,excluso Esau Respon. quod hi patres non forma testaméti, sed benedictione &alio quouis modo bona sua reliquerunt liberis. Illa enim vltima voluntas non dicebatur testamentum, cum testamẽtum sit à iure ciuili postea introductũ. Quoties enim ius ciuile actui alicui nomẽ & formam tribuit,ille actus censetur iuris ciuilis, vt petat in stipulatione,quæ quia formam & nomen à iure ciuili accepit, iuris ciuilis esse dicitur.*§.de constituta.Inst.de act.*Sic testamẽto ius ciuile dedit formam&nomen.*§.1.& 2. Inst.de testa.ord.* ergo à iure ciuili introductũ est. Quod autem iuris gentium non sit,probatur ex eo quoque, quod omnes gentes testamentorum vsum non obseruauerunt. Sic apud Germanos testandi in vsu non fuisse Tacitus scriptum reliquit.

Multum autem prodest inuestigare, vtrum iure ciuili,an gentium testamentum sit introductum: quia si statuimus esse iuris ciuilis,poterit statuto disponi,quod nemo possit testamentum condere; prout in Ducatu Geldriæ vsu obtinet, in quo nulli de rebus immobilib.testamentũ condere licet. Si ve-

ro dicimus iuris gentium esse, nõ poterit statuto tolli testamenti factio; quia iura ciuilia possunt tolli lege vel statuto, cum iura gentium iure ciuili mutari & abrogari nequeant, *§.pen.Inst.de iu.natu.* Pulchre *Tobias Nonius ad tit.Inst.de testa.ordin. Alcia. ad l.nihil. 24. de V.S.*

ASSERTIO XXI.

Filiusfam. ne de illis bonis aduentitiis quidem, quorum vsusfructus patri non quæritur, testari potest.

PRobatur hæc sententia in *l.pen. C.Qui testa.fa.pos.* Adhæc quod filius de aduentitiis bonis testari nequeat, nõ ea causa prohibitionis est, quod eorum vsusfructus ad patrem pertineat, sed quod ius testandi tribuatur iure publico, & legibus XII. Tab. Hæ autem leges ita cauent, Paterfam. vti super pecunia tutelave sua legassit, ita ius esto. Hoc ius XII. Tab. postea Impp. ita coarctarunt, vt filiofam. in bonis castrensibus, & quasi ius testandi concesserint: in reliquis ergo bonis manet ius vetus immutatum.

Obiicitur primo quod traditur in *l. filiusfam. 9. ff. De his qui sui iur. sunt*, quod filiusf. in publicis causis loco patrisfam. habeatur. Atqui testamẽti factio est iuris publici. *l.3. ff. de testa.* Ergo filiusfam. etiam potest de bonis aduentitiis, quæ pleno iure ad eum pertinẽt, testamentum facere. Resp. Lex XII. Tab. expresse requirit, vt paterfam. sit, qui de sua pecunia

cunia teſtatur. Sic enim habent verba legis XII. Tab. Paterfam, vti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſua, ita ius eſto. Quod verò attinet ad legem contrariã, quod ſcilicet filiusfam. in publicis cauſis habeatur pro patref. hoc verum eſt, vt lex ipſa declarat in publicis muneribus & officiis, vt ſcilicet poſſit filiusfam. nõ minus ac paterfam. magiſtratum gerere, tutelam, ac reliqua publica munera ſubire.

Secundo, grauiſſime obſtat *l. vlt. C. de bo. quæ libe.* vbi diſerte ſtatuitur, in iis tantũ bonis, in quibus patri nõ quæritur vſusfructus, filiumfam. teſtari non poſſe. Ergo à contrario ſenſu, in aliis bonis aduentitiis, quæ in ſolidum ad filium pertinent, permittitur illi teſtamenti factio. Sed reſpondetur, hac reſtrictione excipi ſola caſtrenſia & quaſi caſtrenſia bona, quia eius cõſtitutionis tempore vnicus tantum caſus bonorum aduentitiorum extabat, quo vſusfructus patri nõ acquirebatur, & in quo teſtamenti factio conſiderabilis erat; nimirum quando filius ſine patris conſenſu hereditatem adiiſſet. Atqui in *d. l. penul. C. Qui teſt. fac. poſ.* diſerte expreſſum eſt, non licere hoc caſu filiofam. teſtari: ait enim Iuſtinia. ſiue ſine patris cõſenſu bona poſſideant, ſiue cum eius voluntate, non permittimus filiisfam. teſtamenta facere, licet autem plures ſpecies bonorũ aduentitiorum poſtea repertæ ſunt, quibus vſusfructus patri non quæritur, tamen in omnibus hiſce

ASSERTIO XXIII.

Filius emãcipatus, ficut & frater, maritus, vxor, miniftri, recte in teftamento adhibentur teftes.

Filii qui funt in poteftate, item fratres qui in eiufdem patris funt poteftate, nõ poffunt effe teftes in teftamẽto patris aut fratris. § *in teftibus, Inftit. de tefta. ord. l. qui teftamento, ff. Qui teft. fa. pof.* Vnde colligitur à contrario fenfu emancipatos filios poffe effe teftes in teftamẽto patris; item fratrem fratri emãcipato condenti teftamentum, teftẽ effe poffe. Ratio diuerfitatis eft; quia liberi in poteftate, item fratres in eiufdem patris poteftate reprobantur teftes, eo quod propter vinculũ patriæ poteftatis vna perfona cenfentur. Inducit fiquidem patria poteftas fictionem quãdam vnitatis; propter quam repelluntur à teftimonio; quia videntur pro fe ipfis teftimonium ferre §. *ei vero, Inft. de inut. ftip.* Sin vero filius eft emancipatus; quia iam habetur pro extraneo, poterit in paterno teftamento effe teftis: ceffat enim hæc vnitas perfonarũ. Vnde & alii domeftici teftes, vt fratres emancipati, maritus, vxor, & miniftri, recte hic adhibentur teftes. *l. refpiciendum 1. ff. de pœn.* Ita notat Caftren. ad *d. l. qui teftamenta, §. 1.* Approbant *Vigl. & Wefem. ad d. §. in teftibus*, vbi contra Bart. & DD. hanc fententiam recte defendunt.

Obiicitur *l. 2. C. de teftib.* vbi dicitur, quod domeftici teftimonii fides iure improbatur:

Ergo domestici testes, vt sunt maritus, vxor, frater emancipatus, ministri non recte adhibentur testes in testamento. Resp. Domesticus testis in testamentis intelligitur is, qui est in familia & potestate testatoris, non qui familiaris est testatori, vel cũ eo habitat. Domesticum enim testimonium in testamentis non ex cohabitatione, sed ex coniunctione vnioneq; quæ per patriã potestatem contingit, æstimatur §.*pater.& ibi Theop.Inst.de test. ord.* Domum enim pro familia & potestate sæpe accipimus. Sic suos heredes domesticos esse ait *Imp.in §.sui autem. Inst. de her. qua. & diff.* qui sunt in familia & potestate testatoris. Hi itaq; domestici, qui sunt in potestate testatoris, tantum prohibentur esse testes in testamẽtis. Cæteri vero domestici testes, non prohibentur in testamentis, sed in iudiciis vel contractibus tantũ. Ratio diuersitatis est, quia tunc prohibentur domestici, quando per eorum testimonium aliquid acquiritur ei pro quo producuntur, & de eius lucro agitur. Sed in testimoniis testamentariis non agitur de cõmodo eius, pro quo testes producuntur, sed tantũ hoc spectatur, vt vltima defuncti voluntas exitũ sortiatur, cui leges plurimũ fauere solent. *l. vel negare, ff. Test. qu. ape.*

Secundo obiicitur *l. parentes, C. de test.* vbi dicitur, parentes & liberos non posse sibi inuicem esse testes. Resp. Hoc intelligendum est, quando liberi volunt pro parentibus testifi-

stificari, in eorum commodum, ſcilicet in actibus inter viuos: quo caſu repelluntur propter immodicam affectionẽ & beneuolentiam, qua non minus liberi ſui, quam emancipati, parẽtes ſuos proſequuntur. In teſtamẽto autem patris, filii emancipati poſſunt eſſe teſtes, quia non teſtificantur in commodum patris, ſed pro herede patris. *Caſtr.d. loco.*

Tertio repugnant inter ſe *d.* §. *in teſtibus, & d.l. qui teſtamento,* § *per contrarium.* Nam in §. *in teſtibus*, negatur in teſtamento filii de caſtrenſi peculio teſtantis, patrem & fratrem poſſe eſſe teſtes, quod in §. *per contrarium*, euidenter affirmatur. Reſpon. §. *in teſtibus*, intelligendus eſt, quando filius facit teſtamentum iure communi, id eſt, poſt miſſionem à militia. Tunc enim pater non poteſt eſſe teſtis, ideoque addit Imp. in *d.* § *in teſtibus*, poſt miſſionem. Sin autem in expeditione & in caſtris filius teſtetur, quia tunc iure militari, & citra omnem ſolennitatem teſtatur, patris teſtimonium admittitur. Ita intelligendus eſt § *per contrarium.*

ASSERTIO XXIV.

Ex imperfecto teſtamento nihil debetur, niſi adiecta ſit clauſula codicillaris.

EX ſcriptura imperfecta teſtamẽti nihil omnino debetur, imo neq; codicillorum quidem vim habet teſtamentum imperfectum. *l. ex ea 29. ff. qui teſt. fa. poſſ. l. fideicommiſſa 11, & 1. de leg. 3.* Idem traditur in *l. 1. ff. de Iu.*

cod. l. si veritas 23. & l. ex testamento 29. C. eo. Fallit hæc conclusio, nisi adiecta sit clausula codicillaris testamento, hoc modo: *Si non valet hæc dispositio tanquam testamentum, valeat instar codicillorum, vel cuiuscunque alterius vltimæ voluntatis.* Hæc enim clausula operatur, vt relicta in testamento imperfecto, debeantur ab hæredibus ab intestato. *l. 3. ff. de mil. test. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff de vulg. subst. l. vlt C. de codic. d. l. ex ea,* tex. elegans in *l. Lucius 88. §. vlt. de leg. 2.* Quando igitur clausula codicillaris adiecta est testamento, tunc non solum legata, sed & institutiones hæredum conseruantur. Itaq; hæredes proximi ab intestato nõ solum legata præstabunt hoc casu, sed etiam iure fideicommissi hæreditatem his restituere tenentur, qui sunt scripti in minus solenni testamẽto, deducta tamẽ quarta Trebellianica: *arg. l. posthumus, §. vlt ff. de iniu. rup. irr. l. si quis priore 29. ff. ad SC. Treb. Accurr. & Castr. ad d. l. ex ea.*

Obiicitur huic decisioni; *l. iubemus, §. quod si non fuerit, C. de testa.* vbi Iustinianus statuit, si testator quorumdam heredũ nomina nuncupauit, & quorundã reticuit, tunc ex testamento imperfecto hi soli succedẽt, qui nuncupati sunt; quæ *l. pugnat cum l. si is qui 25. ff. Qui test. fa. poss.* Resp. Dissimilis est illa species à specie *l. 25. proposita.* Nam in *l. 25.* testator cum per nuncupationem testamentũ facere vellet, non omnes hæredes nuncupauit.

uit. At in *d.l.iubemus*, cum teſtamẽtum faceret in ſcriptis, omnes quidem quos voluit, inſtituit hæredes, ſed non omnium heredũ nomina propria manu ſubnotauit, vel viua voce nuncupauit; quod ibi Iuſtinianus primum introduxit. Itaq; totum teſtamentum ibi non rumpitur, ſed tantum qui nuncupati voce teſtatoris non ſunt: vel manu eius ſubnotati, ab hæreditate repelluntur. *Cuiac ad d. l. ſi is qui.*

Secundo obiicitur *l. vlt. ff. de in. eod.* vbi videntur ex teſtamento imperfecto legata deberi. Reſp. In illa *l.* teſtamentũ nuncupatiuũ fuit conditum, in quo nuncupatus eſt heres, ſed & codicilli præterea ſcripti ſunt, & in illis legata relicta, Separatim igitur teſtator fecit teſtamẽtum nuncupatiuum, & codicillos in ſcriptis: ex teſtamento defertur hereditas, ex codicillis legata debentur.

Tertio opponitur *l. Titia 13. ff. de inoff. teſt.* vbi ex teſtamento inofficioſo, cui adiecta erat clauſula codicilliaris, legata nõ debẽtur. Reſp. Ex teſtamento rupto per querelam inofficioſi, nec legata nec fideicommiſſa debẽtur. Idque ideo fit, quia cuius teſtamentum tanquam inofficioſum condemnatur, pro demente habetur, nec intelligitur habuiſſe teſtamenti factionem, *l. nec fideicommiſſa 36. de leg. 3.* Atqui qui teſtamenti factionem non habet, nec codicillos, nec fideicommiſſum

relinquere poteſt, *l.2.de leg.1.Cuiac.ad d. l. ex ea Bart.ad d.l.Titia.*

Assertio XXV.

Nemo poteſt pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere.

Regula hęc expreſſe traditur in *l.7.ff.de R.l & in* §.*non antẽ, Inſt.de hæred.inſt.* Hinc ſi quis in vna re, puta domo ſeu fundo hanc inſtitutus ſit, omnium rerum heres futurus eſt ſi plures ſunt res hæreditariæ. *l.1.§.ſi ex fũdo, l.ex facto 35.ff.de here.inſt.* ac ſi teſtator ex vna re certa heredem inſtituens, videatur in omnes inſtituiſſe, ne decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus. Idem dicendum, ſi ex vna parte aſſis heres quis inſtituatur: nã & ille totam hereditatem obtinebit iure accreſcendi *l.interdum 13.§.1.ff.de here.inſt.*

Obiicitur *l.nam.& ſi 15.§.vlt.& l.circa.24. ff.de inoff.teſt.* vbi dicitur, ſi filius mota inofficioſi querela cõtra vnum ſcriptum heredẽ obtinuit; & ab altero victus eſt, quod teſtamẽtum pro parte valeat & pro parte non valeat, & quod teſtator pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat. Reſpon. Hoc ex poſt facto accidit, vt teſtamentum pro parte per querelam inofficioſi reſcindatur. Atqui theſis ita accipienda eſt, quod ab initio teſtator non poſſit legitime teſtamẽtum condere, vt de aliqua parte bonorum teſtetur, de aliqua vero non.

Secũdo obſtat *l.quoties 9.§.ſi duo. ff. de her. inſt.*

inst. vbi traditur, quod valeat institutio heredis in rebus certis, quando testatoris volũtas manifeste suffragatur. Resp. Huic regulæ non est locus, quãdo testatoris voluntas manifeste est in contrariũ, vt puta si testator scripsit. Titium hæredẽ in rebus certis, & adiecit se in reliquis bonis velle intestatũ decedere, & prohibuit ne alia bona accrescant Titio heredi instituto. Tunc enim hæredes ab intestato tenentur illas res, vel quorũ hereditatis per fideicõmissum heredi instituto restituere. Testator enim potest ius accrescendi prohibere, *l. dominus 57. §. vlt. ff. de vsufr.* Ita tradit *Bart. in d. §. si duo.* per illum tex. Pulchre *Gomez. in var. resol. cap. de Iu. accresc. num.* 10.

Denique aduersatur, quod statuitur in *l. 2. C. de nat. lib.* quod si pater habens filios legitimos, filium naturalem instituit ex asse, vel maiori parte hereditatis, quod tantum vnciam capiat ex bonis paternis, reliquum vero legitimis liberis, vel ceteris successoribus ab intestato debeatur. Resp. Hæc definitio non procedit, quando ex qualitate personæ hæredis non potest quis in solidũ hæres institui: tunc enim defunctus potest pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere. Verbi gratia, filius naturalis est capax successionis paternæ in vncia tantum, hic in ea parte institui potest & in reliquis bonis decedit pater ab intestato. *Gomez. d. loco. num.* 10.

Assertio XXVI.

Præter XIV. causas nouella Iustiniani expressas, nullam aliam ob similem, aut grauiorem ingratitudinis causam, liberi exheredari possunt.

Hodie certæ sunt causæ exheredationis ex iure Nouellarum: olim non erãt certo definitæ, sed æstimabantur ex arbitrio Cẽtumuirorum. Itaque falluntur, qui alias causas his similes aut maiores excogitarũt, quibus licita sit exheredatio liberorum: quia Imp. expresse in *§. ad hæc aliud, No. 115.* constituit, nullas alias ingratitudinis seu exheredationis causas, quam quæ sua constitutione continentur, liberis opponi posse Quod si liceret hasce causas extendere, nihil opus fuisset enumeratione causarum, & frustra diceret Imp. altercationẽ sublatam, si alias causas ingratitudinis liceret excogitare. Imo addit Imp. grauiores causas à veteribus IC. prætermissas, quas tamen omnes ipse perfecte comprehendi. Vnde sequitur nullam extensionem hic admitti, *Vigl. ad §. vlt. Inst. de exher. liber.*

Doctores qui ob similes aut grauiores causas liberos exheredari posse statuunt, ponunt exemplum in eo, qui læsæ maiestatis; aut perduellionis reus est, quasi grauius peccet, qui patriam aut Principem prodiderit vel læserit, quam qui patrem offenderit; *l. minime, ff. de relig.* Sed respondetur, quod licitum est, parentibus liberos exheredare, non in vindictã

cri-

criminis publici, sed vt iniuria priuata, quæ præcipue parenti irrogatur, hac exheredatione coerceatur. Crimen autem læsæ maiestatis, adulterii, falsi & similia, publica crimina sunt, quib. communiter omnes homines offenduntur. Ideo, quæ legibus publicis, & à quolibet è populo vindicantur, non sunt priuata aut ciuilia; hoc est, talia delicta, quibus patria pietas præcipue offenditur. *Conan. lib. 9. Com. c. 10.*

Secundo opponitur *l. non possunt. ff. de legibus.* vbi dicitur, quod iudex in casibus similibus iis qui in lege expressi sunt, idem ius statuere debet. Resp. Hæc Nouella 115. introduxit pœnam ingratitudinis. & ideo odiosa est. Ideoq; nequaquam extendenda est ad alios casus in ea non expressos, præsertim cum Iustinianus extensionem prohibeat.

Tertio opponitur *c. 1. §. porro. Quæ fue. pri. cau. amit. benef. in V sib. feud.* vbi habetur, quod ex certis causis ibi enumeratis vasallus potest feudo priuari, & subiungit textus, quod si alias graues & inhonestas iniurias vasalli domino intulerint, quod feudum amittant. Resp. No. 115. absolute & præcise loquitur, & excludit omnes alias causas præter illas XIV. Cuius verba sunt: *Vt præter illas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas apponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.*

ASSERTIO XXVII.

Prius teſtamentũperfectum, per poſterius imperfectum non rumpitur.

CONfirmatur hæc aſſertio in *§.pen. Inſt. Qu mo teſt.inſt.* Ratio eſt, quia eadem ſolennitate teſtamenta reuocantur, qua cõficiuntur, iuxta regulam *l.nihil.36.ff.de R.I.*

Obiicitur *l.1.§.ſi hæres,ff.Si tab.teſt.nul.exta.* Vbi dicitur, ſi teſtator aliqua ratione mũtauit voluntatem, hoc eſt, prius teſtamentum ſolenne, & voluit inteſtatus decedere, tunc teſtamẽtum prius cenſetur reuocatum. Reſp. communiter DD. quod tunc demum nuda & ſola voluntate reuocetur teſtamentum, quando teſtator adiecit ſe ideo mutaſſe prius teſtamentũ, quo inteſtatus decederet. *Vigl. ad d.§.penult.* Sed rectius Weſem. mihi videtur ſentire in *d.§.penult.* quod tunc demum voluntate teſtatoris mutetur teſtamẽtum, ſi teſtator aliquo facto mutationem declarauit, puta ſi ſigilla incidit, vel ſcripturam teſtamenti cancellauit & deleuit: quia maioris momenti ſunt facta quam verba. Quod etiá *d.§.ſi heres,* ſatis aperte oſtendit, *& l.1.§.pen.ff. de bo.poſ.ſec.tab.*

Secundo opponitur *l.2.ff.de iniuſt.rup.irr. & l.hac conſultiſ.§.vlt.C.de teſt.* vbi prius teſtamentum rite factum rumpitur per poſterius imperfectũ. Reſp. Tum demum teſtamentũ poſterius imperfectum rũpit prius perfectũ, ſi in poſteriori teſtamento inſtituti ſunt hæ-

redes,

tedes,qui ab inteſtato venire poſſunt. Quod adeo verum eſt,licet poſterius teſtamentum ideo imperfectũ ſit, quia filius in eo preteritus eſt,probat hoc aperte *l.ſi duob.§.ſi prius.ff. de bo.poſ.cont.tab.*vbi dicitur quod prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſterius imperfectum,in quo filius præteritus eſt,ſi in eo ſcripti ſunt heredes venientes ab inteſtato. Statuitur ergo in *d.§.ſi prius*, quod ſi in ſecundo teſtamento illi inſtituti ſunt, qui, ſi filius non extaret, venirent ab inteſtato,hoc teſtamentum eſſe validum, & rumpere primum.Ideoq;filio præterito opus eſt bonorũ poſſeſſione contra tabulas ad reſcindendum ſecundum teſtamẽtum : nam illa tantum datur contra teſtamentum validum ,ſi vero heredes extranei ſcripti ſunt in ſecundo teſtamento imperfecto, hoc teſtamentum non rumpit primum,nec valet. Ideoq; filius non habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas,quia prius teſtamẽtum,in quo inſtitutus vel exheredatus fuit,remanſit validum. Nec prædictis aduerſatur *l.ſi filius 7.ff.de li. & poſt.* vbi dicitur,quod teſtamentum poſterius, in quo filius eſt præteritus,non rũpat prius, in quo filius eſt inſtitutus,vel exheredatus;quia iſta l.eſt accipienda,quando in poſteriori teſtamento non ſunt inſtituti hæredes venientes ab inteſtato, ſed extranei:tũc enim prius teſtamentum valet,& firmũ manet. *Vigl. ad d.§ pen. Cuiac.ad d.l.ſi filius.*

testatoris subito decessit,& tunc testamentū nō restituitur postumi more. Ratio est, quia eo tempore,quo maxime valere debebat testamentum,scilicet tempore mortis testatoris,superstes fuit postumus. Ideoq; eius præteritione omnino ruptum censetur. *Cuiac.ad l.7.ff.de lib.& post. Vigl.ad §.1.Inst. de exhe. lib.*

ASSERTIO XXIX.

Ex causa exheredationis vel præteritionis rescissa institutionē, cætera testamenti firma manent.

IVre veteri testamentum in quo filiusfam. præteritus est,in totum corruit, ita vt nec legata ex eo debeantur. *l.filio. 17.ff.de iniust. rup.irr.* Verum quæritur ab interpretibus, anne hoc correctum sit per *No.115.§.fine igitur, & §.siue autem hæc omnia.*in quibus traditur, testamentum in quo filius præteritus, vel iniuste exheredatus est, quoad solam institutionem heredes infirmari, cætera vero salua manere. Et post Azonem Alciatns & Cuiacius existimant,totum testamentum in quo filius præteritus est à patre, etiam iure Nouellarum corruere.

Sed contraria sententia verior & probabilior,est,quod scilicet filio præterito, vel sine iusta ingratitudinis causa adscripta, exheredato,institutio quidem corruat, sed legata & reliqua in testamento disposita firma manent. Id probat aperte *§. aliud.d.No. 115.* vbi Imp. loquitur coniunctim tam de exhereda-

de lib.preter. Quam sentētiam *Accur. Bart. & Cast in d.l.filio*, quoque amplectuntur.

ASSERTIO XXX.

Qui pure institutus, sub conditione iterū instituitur, pure institutus censetur: & qui sub diuersis conditionibus bis institutus est, vtra prior extiterit, heres erit.

DVæ assertiones hac enunciatione continentur. Prima est; Heres qui primum pure, & deinde sub conditione iterum instituitur, pure institutus censetur. tex. est in *l. si te solum 27. ff. de here. inst.* Ratio est, quia semel data hereditas tacite nunquā adimi censetur. *arg. l. ex parte, ff. de adi. lega.* Ideoq; prior institutio puta per sequentem conditionalem institutionem, deficiente conditione, nō censetur reuocata. *Cuiac. ad d. l. si te solum.*

Obiicitur *l. non ad ea. 89. ff. de cond. & dem.* vbi dicitur, si cui quid prius pure, deinde sub cōditione legetur, quod posterius legatum valeat. Ergo & posterior institutio debet valere. Resp. Aliud obtinet in legatis, quam in institutionibus heredum. In legatis vltima voluntas seu dispositio præualet, in institutionibus plenior institutio heredis potior habetur. *Bart. ad d. l. 27.*

Secunda assertio: Qui bis sub diuersis cōditionibus institutus est, vtra prior extiterit, heres erit. tex. est in *d. l. si te solum, & l. si plures. ff. de cond. inst.* In legatis vero nouissima conditio exspectatur *l. 51. 86. & 89. ff. de cond. & dē.*

on valent,tacita tamen valeant. *Cuiac.ad d.l hereditas.*

Secundo,obſtat *l.poteſt 56.ff.de hered.inſt.* bi reſpõdetur, quod valeat illa inſtitutio: *le,ſi intra annum ſeptuageſimũ deceſſero, heres ihi eſto.* Reſp.Ibi nõ ad tempus,id eſt, intra nnum ſeptuageſimum inſtituitur heres,ſed b conditione, vt ſi ante annum ſeptuageſi-um moriatur, decedat teſtatus; ſi poſtea oriatur,inteſtatus decedat.

ASSERTIO XXXII.

teſtator inſtituit heredes hoc modo, ***Ex partibus quas adſcripſero; nullis partibus adſcriptis, æqualiter heredes erunt.*** Si vero dixit, ***Ex partibus quas adſcripſi,nullis definitis partibus***, nulla eſt inſtitu-tio.

HEredes ita inſtituti, ex partib⁹ quas ad-ſcripſero,vel ſi partes eis adſcripſero, ſi llæ partes exprimantur,ex æquis partibus ſtituti cenſentur: Sed ſi ita ſunt heredes in-tuti, ex qua parte Titius me heredem ſcri-ſit, vel ego eum heredem ſcripſi, ex tali par-eum inſtituo,deficiente iſta conditione in æteritum collata, deficit quoq; inſtituto. x.eſt in *l.2. & l.ſi quis ita 36.ff.de here. inſtit.* atio decidendi eſt, quia quando conditio præſens vel præteritum tempus refertur, æ eſt falſa, ſtatim vitiat inſtitutionem. At i in futurum tempus confertur conditio, let inſtitutio,etiam deficiente conditione, ea conditio dependet ex facto teſtatoris.

quia sunt incertę personæ legatariorum,qui-
bus legata reliquit. *Cuiacius & Castrens. ad d.*
l. 2.

A s s e r t i o XXXIII.

Substitutio pupillaris facta puberi verbis directis, non valet,ne quidem in vim fideicommissi.

RAtio assertionis est,quia ius non patitur, vt pater filio faciat heredem in ea ætate, qua sibi ipsi facere potest. Valebit tamen hæc substitutio intra pubertatem, post pubertatē vitiabitur. *l. in pupillari,ff de vulg.* Quærunt item interpretes, *An substitutio pupillaris facta vltra pubertatē proficiat in vim fideicommissi?* Et verius est,ne quidem in vim fideicommissi valere. Quod diserte probatur per *l.7.ff. de vul.& pup.subst.* vbi dicitur,frustra fieri post pubertatem verbis directis pupillarem substitutionem. Neq; enim frustra fieret, si quasi fideicommissum valeret.

Obiicitur *l. Centurio ff.de vulg.& l.precibus, C. de imp.subst.* vbi substitutio puberi facta directis verbis à milite, in casū quo heres erit, & intra certum tempus morietur, valet iure fideicōmissi. Resp. Militi hoc singulare priuilegium concessum est,vt substitutio pupillaris ab eo facta verbis directis valeat vltra pubertatem in vim fideicōmissi. Cum enim miles habeat hoc priuilegium, vt possit etiā ex tempore & ad tempus facere heredem, *l. miles ita 41.ff.de mil.test.* potest etiam post pubertatem substituendo, bona sua in substitu-

tum heredem trásferre. Quod quia ex priuilegio competit militibus, sequitur, paganos, qui nullum habent tale priuilegium, vltra pubertatem frustra substituere.

Secundo obiicitur *l. Scæuola 76. ff. ad SC. Trebel.* vbi substitutio directo in codicillis facta, vim fideicommissi obtinet. Resp. Ideo ibi substitutio directa pro fideicommissaria accipitur, quia incongruo loco, scilicet in codicillis facta est, qui locus est obliquarum, nō directarum institutionum. Præterea aliud est in substitutione directa quæ fit ei, cui fieri non potest, hæc enim pro fideicommissaria non accipitur. Tum demum enim substitutio directa in codicillis facta, in vim fideicómissi valet, si in testamento valere potest, vt si fuit pupillaris, vt Scæuola loquitur in *d. l. 76.* At si compendiosa fuit, quæ directis verbis pubertatem egreditur, hæc non potest flecti in fideicommissum in codicillis, quia nec in testamento valere potuit. Pulchre *Vigli. ad §. penult. Inst. de pub. subst.* Hæc itaque sententia, quod substitutio verbis directis facta puberi, non valeat in vim fideicommissi, ex veritate legũ rectius defendi potest. Quæ aperte quoque comprobatur per §. *vlt. Inst. de pup. subst.* & *l. si frater. C. de fideicom.* vbi dicitur, substitutionem directam filio puberi fieri non posse, sed hoc solum esse receptum vt testator filium heredem puberem roger, vt si intra certum tẽpus moriatur, heredita-

tē alteri restituat per fideicommissum. Hanc sententiam defendunt *Gouea. ad d. l. verbis*, & *Cuiac. lib. Obs. 11. c. 25.* & *lib. 12. c. 27. Vigl.* & *VVesem. ad §. vlt. Inst. de pup. subst. Connan. lib. com. c. vlt. num. 9.*

ASSERTIO XXXIV.

Tam per expressam pupillarem substitutionem, quam per tacitam pupillarem in vulgari contentam, mater excluditur à successione filii impuberis.

VVlgaris substitutio facta filio impuberi cōtinet in se tacitam pupillarem, & vice versa, expressa pupillaris continet tacitā vulgarem. *l. 4. ff. de vulg.* Ratio est, vt in omné euentum filii impuberes heredem testamento habeant. Idq; & in reciproca substitutione obtinet, vt si pater duos filios impuberes sibi inuicem substituit, hos tam vulgariter, quam pupillariter videtur sibi mutuo substituisse. *d. l. 4.* Huius decisionis, quod vulgaris substitutio facta filio impuberi, includat pupillarem, & è contra, magnus est effectus. Nā sicut expressa pupillaris substitutio excludit matrem à successione filii impuberis, adeo vt nec de inofficioso filii testamento queri possit. *l. Papinianus, §. sed nec. ff. de inoff.* ita & ex tacita pupillari, quæ in expressa vulgari substitutione continetur, mater excluditur. Quoties enim pater filio impuberi in alterum casum substituit, in vtrunque substituisse censetur.

prehenſam in vulgari excludatur mater, *Gouea ad princ. tit. de vulg. & pup. ſubſt. n. 30. Connan, lib. 10. com. c. vlt. num. 13.*

Tertio non obſt. *l. Lucius 45. ff. de vulg. & pub. ſubſt.* quia ibi ideo vulgaris ſubſtitutio in caſum pupillarem nõ valet, ad hoc, vt excludatur mater, quia fit imparib. perſonis. Quoties enim pater reciproce duobus filiis diſparis ætatis ſubſtituit, vt ſi vnus ſit pubes, aliter impubes, tunc ea ſubſtitutio vulgarem tantum continet, quæ in vtriuſque perſona locum habere poteſt, non pupillarem. *d. l. 4. §. ſed ſi aliter.* Ideoque mater excludit ſubſtitutum, ſi pupillus patri heres extitit, & impubes mortuus ſit.

ASSERTIO XXXV.

Mater filiis pupillariter ſubſtituere non poteſt.

PAter tãtum liberis pupillariter ſubſtituere poteſt, non vero mater, *l. 2. in princ. ff. de vulg. & pup. Inſt. de pup. ſubſt. in princ.* vbi dicitur, quod liberis, quos in poteſtate quis habet, pupillariter ſubſtituere poteſt. Itáq; cum mater filium nõ habeat in poteſtate, filio pupillariter ſubſtituere non poteſt. Ille enim eſt præcipuus patrię poteſtatis effectus, vt pater filio teſtamentum faciat in ea ætate, qua ſibi ipſi teſtamentum facere nequit.

Sed grauiter aduerſatur *l. ſi mater 33. ff. de vulg. ſubſt.* vbi dicitur, quod ſi mater filium inſtituat, cum erit annorum XIV. eique alium ſubſtituat in pupillarib. tabulis, quod valeat

ſubſtitutio. Reſp. Quod ibi dicitur, matrem in pupillaribus tabulis filio ſubſtituiſſe, hoc ſic accipiendum eſt, quod pupillares tabulæ ibi eæ dicantur in quibus mater ſeparatim filio impuberi ſubſtituit vulgari modo. Quod ex eo apparet, quia textus dicit, *Si ſibi filius impubes heres non erit*, quæ verba vulgarē ſubſtitutionem referunt. Mater igitur filio impuberi pupillariter ſubſtituere non poteſt, ſed vulgariter recte & vtiliter ſubſtituere poteſt.

ASSERTIO XXXVI.

Nemo eiuſdem hereditatis partem adire, partem repudiare poteſt.

QVi ſolus heres inſtitutus eſt, vel ſimpliciter, vel ex pluribus partibus ſeparatim hereditatem partim adire, partim repudiare non poteſt. *l.1. & 2. ff. de acq. her.* & quia ita adiit, in totum heres non erit, nec etiam hereditate excluditur, quia in totum nihil egit. *l. ex ſemiſſe 75. ff. de acq. here.* Ratio eſt quia nulla eſt aditio aut repudiatio hereditatis, ſi quis adeat aut repudiet hereditatem, ſecus quam leges iubent. At leges iubent, hereditatem quatenus delata eſt, aut in totum adiri, aut in totum repudiari, ne teſtator pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedat. *l. quidam elogio. C. de iu. delib. d. l. ex ſemiſſe.* vbi traditur, eum qui minorē partem hereditatis, quam ex qua inſtitutus eſt, per errorem adiit, non videri adiiſſe, ac in totum nihil egiſſe cēſeri.

Obii-

Obiicitur *l. si ex asse. 10. ff. de acq. her.* vbi dicitur, quod si heres ex asse scriptus pro parte adeat hereditatem, ex asse herede fore. Resp. ibi heres simpliciter adiit partem hereditatis. non expresso eo, quod cæteras partes repudiaret. Qui ita simpliciter hereditatem adit, & partem voluisse adire censetur, & per consequentiam cæteras partes. Itaque ex asse & in solidum heres erit, *l. si solus 80. ff. de acq. her.* Diuersum est in eo, qui dicit, se partem hereditatis adire, & partem repudiare; nam hic contra formam iuris adiit, ideoque nihil agit.

Ex *d. l. 1. & 2.* infertur insignis illa decisio, quod filius qui à patre institutus est ex maiori parte, quam sit legitima, non potest retenta legitima, repudiare hereditatem paternam. Ratio est, quia hereditas in totum adiri vel repudiari debet. Cum autem iure nouissimo Authenticorum legitima relinqui debeat filiis titulo institutionis, *§. ad hæc aliud. No. 115.* sequitur, si repudient institutioné, quod etiam repudiãt legitimã, quia hereditas scindi non potest. *Castren. ad d. l. 1.* Et hæc est communis DD. sententia, quod filius non potest retenta legitima portione repudiare hereditatem paternam, excepto vnico casu, quãdo videlicet filius habet substitutum heredem, & est grauatus multis legatis; tunc enim potest retinere legitimam iure naturæ sibi debitam, omissa reliqua hereditate paterna, per *l.*

si libertus patrono 41.ff.de bo.liber. Ita decidit *Bart.in l.gerit.n.22.& 23.ff.de acq.her.*

ASSERTIO XXXVII.

Hereditas non poteſt acquiri per procuratorem.

AN per procuratorẽ acquiri poſſit hereditas,inter IC. diſputatur. *Duare. lib. 2. Ann.diſput.c.27.*notat poſſe: quia iure prohibitum non ſit,& in *l.per procuratorem 90.ff.de acq.here.*curatorẽ legit.Cui adſtupulatur *Costal.ad l.1 ff.de off proc. Caeſ.*

Contrarium *Hotõ.in illuſt.quaeſt.& Cuiac. lib.1.Obſ.c.34.*ſtatuunt:quorum ſententia verior eſt. Probatur hæc aſſertio tali regula, quod nominatim legib.cautum eſt, per procuratorem nihil nobis acquiri poſſe, excepta ſola poſſeſſione & per hãc dominio.*l.1.C.Per qu.perſ.no.acq.§ex his.Inſt.eo.*Secũdo hęc ſententia hoc euidenti argumento cõfirmatur, quod ſingulari priuilegio conceſſum ſit imperatori,quod per procuratoris ſui aditionẽ poſſit acquirere hereditatem.Si ergo ex ſpeciali prerogatiua datũ eſt hoc ius procuratori ſiue rationali Cæſaris,ſequitur quod in procuratore priuati diuerſum ius obtineat,nimirũ quod procuratores priuatorum,adeundo hereditatem ex mandato domini nihil agãt. *l.1.§.vlt.ff.de offic.procur.Caeſ.*vbi dicitur, quod propriũ hoc habet procurator Cæſaris, quod nomine Cęſaris hæreditatem acquirere poſſit. Tertio addi poteſt & hæc ratio,quod aditio hereditatis cõſiſtat in ſola voluntate heredis,

edis.Ideoque ſtatim atq; mãdat heres procuratori vt adeat,eo ipſo adiiſſe cenſetur.*arg. ſi ego 26 ff.de acq.her.*vbi pater pro parte heres inſtitutus, iubendo filium ſimul inſtituĩ pro parte ſua adire,ſtatim fit hæres ex aſ-,& quidem antequam filius adierit. Sic etm ſi dominus mãdat procuratori, vt adeat, atim ipſo mandato fiet heres, priuſquam rocurator adeat.

Obiicitur, quod bonorum poſſeſſio per rocuratorem ad hoc ſpecialiter à domino onſtitutum acquiratur,ergo & hereditas,*l.ſi aritus. C.Mand.l.3.§.acq.ff.de bo.poſſ.* Reſp. iuerſum ius obtinet in bonorum poſſeſſioe,quam in hereditate hoc in caſu. Cuius ea ſt ratio; quod illa magis ad corporalem acuiſitionem poſſeſſionis accedat, quam heeditas;quia Prætor heredem nõ facit.§ *quos utem,Inſt.de bo.poſ.* Ea vero quæ naturaliter quiruntur,ſicuti eſt poſſeſſio per procuraorem nobis acquiruntur. At è contra, quæ uiliter acquiruntur, vti eſt hereditas, ſtiulatio, per procuratorem nobis non recte quirũtur.*l.ea quæ,53.ff de acq.rer.dom,* Pulre *Contius lib.2.ſucciſiu.lect.c.17.*

ASSERTIO XXXVIII.

Heres ſub conditione inſtitutus, pendente conditione,nõ poteſt adire vel repudiare hereditatem.

Hereditas adiri vel repudiari non poteſt, niſi ſit delata,*l.delata,151.de V.S.l.1.§.decretalis,ff.de ſucceſ.edi.* Defertur autem here-

ditas ex teſtamento ſtatim à morte teſtatoris,ſi heres pure ſit inſtitutus: Sin autem ſub conditione ſcriptus ſit,non prius defertur, quam conditio extiterit. Ergo ante euentum conditionis non poteſt hereditas adiri vel repudiari, quia pendente conditione nihil poteſt heres de hereditate ſtatuere,*l.is qui heres* 13.*ff.de acq.her.*Sic legatũ conditionale, pendente conditione, agnoſci non poteſt, nec per conſequens repudiari,*l.ſi ita 45. §.* 1. *de leg.* 2.

Sed obſtat *l. 1. ff. de cur. bo. dan. & l. in plurium 70. ff. de acq. here.* quæ manifeſte exprimere vidẽtur ante diem conditionis exiſtẽtem,poſſe hereditatem repudiari.Itaque hac obiectione Accurſ.territus,&omnes eum ſecuti,fatentur ante conditionem exiſtentem poſſe repudiari hereditatem in iure &coram iudice,non extra ius. Verum reſpondendum eſt,leges obiectas non hoc dicere, repudiari poſſe hereditatem ante exiſtentem cõditionem,ſed hoc tantũ ſtatuere,quod ea teſtatio heredis, qua pendente conditione dicit ſe nolle hereditatem adire, prodeſt creditoribus ad hoc,vt ſtatim ipſis,vel curatori bonorum poſſeſſio& adminiſtratio bonorum cõmittatur; ne bona diſpereant, cum alias niſi heres hoc conteſtaretur,dies à Prætore conſtitui ſolet heredi,intra quem niſi adeat, creditoribus permittitur poſſeſſio bonorum. *d. l.*1.*l.ſi quis* 23.*ff.de here. inſt.* Itaque non recte inde

inde colligitur, repudiatam esse hereditaté, quod dixerit heres, se non aditurum: sed hoc agit ea testatio heredis tantum, vt bona hereditaria tantisper creditoribus, vel curatori bonorum committãtur, ne pereant vel corrumpantur. Nam idem fieri iubetur, & cum venter in possessione est, & pupillus heres scriptus tutorem non habet. *d.l.1.ff. de cura. bono.* Quo tamen casu dici non potest, vel vẽtrem repudiasse hereditatem, vel pupillum.

Secundo, obiicitur *l.1.C.de pact.* vbi fideicomissum conditionale pendente conditione recte dicitur conuentione remitti, ergo & repudiari potest. Resp. Plus est pacisci, se non accepturum legatum seu fideicommissum, quam illud repudiare, quia pactum duorum consensu firmatur; at renuntiatio seu repudiatio hereditatis vel legati, vnius tantum consensum habet. *Gl. & DD. in d. l. 1.*

Tertio obiicitur *l. si sub conditione, & l. seq. cũ l.2. § si sub conditione, ff. de bo.pos. sec.tab.* vbi dicitur, pendente cõditione, posse heredem scriptum petere bonorum possessionem, secundum tabulas. Resp. Illa bonorum possessio est sine re, id est, caret commodo bonorum, & est imaginaria tantum, *l. filiis, C. de in-off. testa.* At bonorum possessio cum re non potest peti ante existentem conditionem. *d. l.2. §, si quis ita.* Bonorum autem possessio sine re ideo datur heredi scripto sub conditione,

ante existentem conditionem, ne alius forte qui potest iure ciuili euincere hereditatem ab intestato eam inuadat, præsertim si heres scriptus sinat tempora petendæ bonorum possessionis præterlabi. De hac bonorũ possessione cum re & sine re tractat *Vlpia. in fragm.tit.24.26.& 28.* Cõcluditur ergo, quod repudiari hereditas, pendẽte conditione, nõ possit, & talis repudiatio non impedit, quominus postea purificata conditione acquiri possit hereditas ab eo qui repudiauit, *d.l.is heres.l homine,ff. de opt.leg. Decius ad l.qui potest, 143.de R.I.*

Assertio XXXIX.

Heres qui ignorat conditionẽ, sub qua institutus est, extitisse, non potest adire hereditatem.

VT recte heres adeat hereditatem, scire debet hereditatem sibi delatam esse. Itaq; si ignoret, vtrum pure, an sub conditione institutus sit, hereditatem adire non potest. *l.is qui heres 13.ff.de acquir.hered.* Præterea qui ignorat conditionem institutioni insertam extitisse, aut impletam esse, adire nõ potest. *l.heres 32.ff.de acq her.* Itaq; si fato quodã & forte fortuna heres paruerit conditioni, sub qua institutus est, non potest adire hereditatem: debet enim certa scientia & deliberatione implere conditionem, hoc animo, quod velit conditioni parendo heres effici. *l. 2. & l.mulium 21.ff de cond. & dem.*

Sed obiicitur *l.si quis extraneus 21.§.fi.ff.de acqu.*

acqu.here. vbi dicitur, heredem ignorantem conditionem extitiſſe, poſſe adire hereditatem. Reſp. Hoc non generaliter & indiſtincte accipiendum eſt, ſed eo tantũ caſu, quando quis eſt ex parte pure, & ex parte ſub conditione inſtitutus. Nam illi adeunti partem, ex qua pure ſcriptus eſt, altera pars inuito accreſcit, ergo multo magis ignoranti. Itaque poterit hic adire hereditatem, licet ignoret alterius partis conditionem extitiſſe. Ita *d.* §. *fin. l. ſi quis extraneus*, quia ambiguã continet ſententiam, explicandus eſt, ex *l. ſi quis heres 35. in princ. ff. de acq. her.* vbi ille intellectus diſerte comprobatur. *Accur. & Donel. ad d l. ſi quis, 21.*

Secundo aduerſatur *l. ſed & ſi de ſua 34.* §. *1. ff. de acq. her.* vbi deciditur, quod heres qui pure ſcriptus ſub conditione ſe inſtitutum putat, & paruit conditioni, hereditatem acquirere poteſt. Reſp. Ideo ille error non obeſt heredi in acquirenda hereditate, quia error ſiue opinio heredis cum veritate cõcurrit: Nam reuera potuit adire, eo quod pure erat ſcriptus, & potuit opinione ſua, quia impleta conditione perinde habetur, ac ſi pura eſſet inſtitutio, *l. ſi pupillus. ff. de cond. inſtit.*

Assertio XL.

Qui metu coactus adit hereditatem, non fit heres.

QVi metu verberum, vel alio iuſto timore coactus, hereditatẽ adiit, nihil agit. Ra-

tio eſt, quia in aditione hereditatis requiritur libera & ſpontanea voluntas: ergo coactio hoc caſu nihil operatur. *tex. eſt in l.6.§. Celſus, ff. de acqu. hered.*

Obiicitur *l. ſi mulier 21. §. pen. ff. quod me. cau. & l. ſi metus 86. ff. de acq. here.* vbi dicitur, quod qui metu coactus adiit hereditatem, ipſo iure fiat heres, ſi beneficio reſtitutionis in integrũ ei ſuccurratur. Reſp. Quando quis ſimpliciter metu coactus adit hereditatem, ipſo iure ſubſiſtit aditio; quia coacta voluntas etiam voluntas eſt, ſed reſtitutio in integrum datur ex edicto, quod metus cauſa *d. l. ſi mulier.* Aliud dicendum eſt in eo, qui metu coactus fallens adiit hereditatem, id eſt, aliud agens, aliud ſimulans: hic ipſo iure ciuili non fit heres. Vnde beneficio quoque Prætoris. id eſt, reſtitutione in integrum non eget. Fallens ergo dicitur adire, qui ſeorſim coram amicis proteſtatus eſt, voluntatem ſuã omnino contrariam eſſe aditioni, licet ſimulauerit metu ſe velle adire. Proteſtatio enim declarat animum proteſtantis, in iis quæ pendent à mera alicuius voluntate. *l. Neſennius 34. ff. de neg. geſt. Bart. in d. § Celſus. num.* 1. & 2. Hic itaq; qui fallẽs ſiue per ſimulationẽ coactus adiit hereditatem, ipſo iure heres non erit, quia abeſt ei animus acquirendæ hereditatis, atque ideo in integrum reſtitutio ei non eſt neceſſaria. *Pet. Fab. ad l. 4. de R. I.*

Secũdo, aduerſatur *l. ſi patre 22. ff. de rit. nup.* vbi

vbi dicitur, quod si filius cogente patre ducit vxorem, quam non duxisset, si fuisset sui arbitrii, quod hoc matrimonium cōsistat. Itaq; etiam ea quæ à libera & integra voluntate proficisci debēt, vti est hereditatis aditio, matrimonii contrahendi facultas, valent, si per coactionem & metum gerantur. Resp. sub distinctione. Aut filius propter reuerentiam paternam cōsensit nuptiis puellæ à patre suo nomine cōtractis, quam alias si sui iuris fuisset, nō esset ducturus, hoc enim matrimonium propter reuerentialem metū non rescinditur. Ita intelligenda est *d. l. si patre 22.* Aut interuenit iustus metus facti, vt si pater filiū minis aut verberibus coegit ad ducendam vxorem, & tunc non valet huiusmodi matrimonium, sed tāquam metu contractum rescindendum est. *d. l. si mulier. § si dos. c. cum locum. Ex. de spōsal. Sneidevv. ad tit. de nupt. par. 2 num. 28. Duare. ad tit. de nupt. c. 2.*

ASSERTIO XLI.

Iussus patris in adeunda hæreditate præcedere debet, sed authoritas tutoris interponitur perfecto negotio.

IN hoc differt interpositio auctoritatis tutoris in negotiis pupilli, à iussu patris in adeunda hereditate, quod tutoris auctoritas interponitur perfecto negotio, iussus autem patris in adeunda hereditate præcedere debet. Item iussus patris potest fieri per epistolā vel nuntium, auctoritas non item. *l. si quis mi-*

f

bi 25.§.iussum. ff. de acqu.hered.

Sed videtur obstare *l.obligari 9.§ pen.ff. de aut.tut.&* §.*pen. Inst.eo.* vbi dicitur, auctoritatem tutoris statim in ipso negotio, non autem post tempus interponi debere Sed si interponitur perfecto negotio, vt traditur in *d.§.iussum*, post tempus interponitur, & post ipsum perfectum negotium. Resp. Quod dicitur auctoritatem tutoris interponi perfecto negotio, id intelligitur in continĕti post perfectum negotium. Post tempus vero, id est, post aliquod interuallum, & postquam discessum fuit, ad alia negotia, non recte interponitur tutoris auctoritas. Hanc interpretationem comprobat *l.nunquam 31.ff. de vsuca.* vbi dicitur tutorem non recte interponere auctoritatem in contractibus pupilli post longum tempus venditionis peractum. Approbat *Bart in d.§.iussum, num.3.*

Secundo opponitur *l.si per epistolam 50.ff. de acqu.here.* vbi dicitur, quod tutor seruo pupilli per epistolam iubere potest, vt adeat hereditatem, quæ tamen aditio tum demum rata erit, si prius seruus adeat, quā tutor moriatur. Quod pugnat cum *d.l.obligari.§.pen.* vbi dicitur, quod tutor per epistolam auctoritatem interponere non potest, sed præsens negotio adesse debet. Resp. cum Accurs. *in d.l 50.* quod hoc procedat, quando tutor auctoritatem præbet pupillo in contractibus; tunc enim necessario debet interponi auctoritas

ritas à tutore præsente in ipso negotio seu cõtractu, vt præsens sciat quid agatur. Aliud obtinet in quasi contractibus, vt in aditione hereditatis, vbi tutor per epistolam iubere potest seruo pupilli, vt hereditatem adeat. Nam ante aditionem tutor certus esse potest de viribus & conditione hereditatis.

Tertio aduersatur, quod consensus qui ad confirmationem actus requiritur, ex interuallo per ratihabitionem interponi potest, *l. vlt. C. Ad SC. Maced.* Ergo & tutoris auctoritas ex interuallo in contractu pupilli adhiberi potest. Res. Autoritas tutoris pro solennitate actus adhibetur, & ad integrandum pupilli personam requiritur, *l quæcunq́; §. vlt ff. de Publ. act. l. 3. C. de in int. rest.* Igitur auctoritas tutoris tanquam pars solennitatis ab ipso actu diuidi non potest; quia solennia ab ipso actu separari non possunt. *l. cum antiquitas. C. de testa l heredes palam. §. fin. ff. eod.* Consensus autem nõ ad integrandam personam contrahentis, sed ad confirmationem actus requiritur, ideoque etiam ex interuallo rem gestam sequi potest. *l. semper 60. de R. I.* Sicut & auctoritas ipsa, quando ad commodum eius qui confirmat, tantum requiritur, ex interuallo interponi potest *l. 1. § sed si filius. de leg. 3.*

Assertio XLII.

Quamdiu poteſt ex teſtamento adiri hereditas, ab inteſtato non defertur,

TRaditur hæc generalis regula in *l.quamdiu.39.ff.de adq.here.* & *l.quamdiu 89 de R.I.* quod ſcilicet quamdiu adiri ex teſtamẽto poteſt hæreditas, ſucceſſioni ab inteſtato non eſt locus. Ratio eſt, quia potior eſt cauſa hereditatis, quæ defertur ex voluntate teſtatoris, quam quæ defertur ex diſpoſitione legis, quia lex etiam nominatim ita ſe deferre hereditates ſignificat, ſi teſtatus non fuerit. Et vulgo dicitur, quod prouiſio hominis tollit prouiſionem legis, vltimaq; voluntas teſtatoris pro lege ſeruanda eſt. §. *diſponat. No. 22, de nupt.*

Obiicitur *l.ſi quis ita 81.ff.de here.inſt.* vbi præfertur ſucceſſio ab inteſtato ſucceſſioni ex teſtamento. Reſp. Ibi teſtator id expreſſe voluit, quia inſtituit heredes ſub ea conditione, ſi legitimi heredes hereditatem vendicare nol.nt, tunc priori loco legitimi hereditatem vendicabunt: Cum enim lex ſtatuerit in gratiam teſtatoris, potiorem eſſe eius voluntatem diſpoſitione legis, poterit huic fauori renuntiare.

Secundo obſtat huic regulæ alia regula, qua dicitur, Quamdiu poteſt peti contra tabulas bonorum poſſeſſio, non debet dari ſecundum tabulas *l.æquiſſimum.ff.de bo.poſ.ſec.tab.* At per bonorum poſſeſſionem contra tabulas

bulas defunctus fit intestatus, per secundum tabulas testatus. *l. vt liberis, C. de colla.* Ergo hoc casu prior est causa intestati, quam testati. Ad euitandam hanc obiectionem sic accipe verba regulæ, ex testaméto scilicet iusto & efficaci, tam iure ciuili, quam prætorio: quia si iure prætorio est iniustum, veluti si in eo filius emancipatus est præteritus, perinde est, quod ad illud ius attinet, ac si omnino intestatus decessisset.

ASSERTIO XLIII.

Tutor etiã, qui non gerit tutelam, pupillo hereditatem adeunti auctor esse potest.

PVpillus heres institutus, si plures habet tutores, quorum quidam tutelam gerũt, quidam non, eo etiam auctore, qui tutelam non gerit, recte hereditatem adire potest. *l. pupillum 49 ff. de acq. here.*

Cõtraria est *l. 4. ff. de auct. tuto.* vbi dicitur, quod si tutor qui tutelam non gerit, auctoritatem præbeat in cõtractibus pupilli, ratum id haberi non debet. Respondẽdum sub distinctione tradita ab Azone in *d. l. pupillum.* Aut tutor voluntate sua non gerit tutelam, vt puta si tutor contutori suo administrationem totam vltro cessit & commisit, & cum huius honorarii tutoris auctoritate, qui nihil gerit, pupillus nihilominus hereditatem adire potest. *arg. l. quod si forte, 14. §. 1. ff. de solut.* Aut tutor inuitus ab administratione tutelæ à patre vel prætore remotus est, & tunc

si eo tutore pupillus hereditatem adeat, ratũ non habetur. *l.3 §. si parentes, ff. de adm. tuto.*

ASSERTIO XLIV.

Cuius pater est furiosus, is sine iussu eius hereditatem adire potest.

TRaditur in *l. cum heres 52. ff. de adqu. her.* quod fili⁹ patris furiosi potest adire hereditatem sine eius iussu. Ratio est, quia frustra expectatur patris iussus in adeũda hereditate, cuius consensus nihil operatur, cum iubere non possit.

Quæritur autem an hæc hereditas, quam filius adiit per se, acquiratur patri furioso, an vero filio adeunti? Et dicendum est filio adquiri. Idque ostendunt verba hæc in *d. l.* cum heres. Primo quod dicit, quod perinde habendum est ac si paterfam. adiisset. Sed si paterfam. adiisset, sibi acquireret. Secũdo quod dicitur, ei permitti seruos hereditarios manumittere; dominus est seruorum, si manumittit.

Opponitur *l. furiosus, 63. ff. de adq. here.* vbi scriptum est, furiosum posse adquirere hereditatem, per seruum, vel eum quem habet in potestate, intellige filium. Resp. Bart. ad *d. l. furiosus*, quod pater furiosus tunc acquirit hereditatem, quando filius iussu & auctoritate curatoris adiit. Si vero filius sua sponte adiit, sine iussu curatoris, sibi acquirit, non patri. *l. vlt, c. de cura. furio.*

ASSER-

ASSERTIO XLV.

Heres implendo conditionem potestatiuam, sub qua institutus est, hereditatem statim adire cẽsetur.

PRobat & confirmat hanc thesin *l. iam dubitari 86. §. 1. ff. de here. inst.* Sed huic sententiæ obiicitur *l. 1. §. 1. ff. de cond. cau. da. cau. non secu. l. si pupillus. & l. ei qui ita, ff. de cond. inst.* vbi dicitur, quod qui implet conditionem, non censetur adire hereditatem. Hoc enim tantũ facit implementum conditionis, vt institutio pro pura habeatur, quæ prius erat conditionalis. Itaque is qui implet conditionem, hoc ipso nõ efficitur heres, nisi postea se gerat pro herede *d. l. ei qui ita.* Resp. cum Acurs. & Bart. in *d. l. 86. §. 1.* sub distinctione. Aut heres implet cõditionem eo animo, vt sit heres vtputa, si dicat, se ea mente parere conditioni, quod velit esse heres, & tunc implendo conditionem statim fit heres. Aut eo animo implet conditionem, vt puram tantum reddat institutionem, ac deinde de adeunda hereditate decernat, & tunc impleta conditione liberum ei est vel adire, vel repudiare hereditatem, *l. Antistius 82. ff. de acq. here.*

ASSERTIO XLVI.

Cuius rei legatario non est commercium, ei inutiliter ea legatur.

LEgari res nõ possunt, quæ sunt extra cõmercium hominum, hoc est, quarũ possessionem vel dominium nemo acquirere

poteſt, *Vlp. in fragm. tit. de domin.* In hoc autem articulo ita diſtinguendum: Aut heres, vel is à quo relinquitur legatum, non habet rei commercium, ſed legatarius habet, & tūc valet nihilominus legatum. *l. mortuo 49. §. Labeo. de leg. 2.* Aut legatario non eſt rei commercium, & tunc nullius momenti eſt legatum, adeo vt ne quidem æſtimatio debeatur. *l. cum ſeruus. 39. §. vlt. de lega. 1.* Exempli gratia, Chriſtiani ſerui eſt commercium, Iudæus tamen eius commercium non habet. Ergo legatario ſi ſit Iudæus, inutiliter talis ſeruus legatur, *l. vnic. C. Ne Chriſt. manc. Iudæ. hab.*

Obiicitur *l. ſed ſi res 41. de leg. 1.* vbi dicitur, quod ſi res, cuius commercium nō habet legatarius, ab eo per fideicōmiſſum relinquatur ei, cui ius non eſt poſſidendi æſtimationē deberi. Sed ea lex emendāda eſt, & poſterior negatio diſpungēda, vt hic ſit ſenſus: Si legetur alicui res, cuius cōmercium non habet, & rogetur reſtituere ei, qui eius commerciū habet, valere fideicommiſſum ex *l. multum 34. de ver. obl.* vbi dicitur, quādo is cui acquiri debet, capax eſt relicti, valere legatum, licet promiſſor ſeu debitor non ſit capax: alias niſi ita prædicta lex legatur, impoſſibilis erit eius conciliatio, *Cuiac. ad d. l. multum.*

Secundo opponitur *l. filiusfam. 114. §. ſi quid alicui de leg. 1.* vbi dicitur, ſi alicui res legetur quam capere non poteſt, tamen debetur æſtimatio, Reſp. ſub diſtinctione, Aut lega-

gatarius est incapax legati propter delictum suum, vt puta si tutor pupillam suam duxit in vxorem, & hic nihil ex testamento eius capere potest. *l. vlt. de leg.* 1. Ideoq; inutile est legatum, quod tutor ex testamento eius accepit, nec debetur æstimatio. Aut legatarius extrinsecus propter corporis vitium, aut legati qualitatem nō est capax legati, & eo casu debetur æstimatio. Veluti si claudio aut loripedi cursoris, vel muto legetur cantoris officium. Ita distinguit *Gl. ad* §. *non solum. Inst. de legat*, quæ communiter ab omnib. est approbata.

Obiicitur postremo *l. fideicommissa* 11. §. *si seruo. de leg.* 3 vbi seruo incapaci relicta est militia & tamen debetur æstimatio. Resp. Ideo debetur æstimatio, si sciēs seruo eam legauit, quia in legato militiæ, hoc est, quando reditus officiorum annui in scholis alicui legantur, æstimatio inest: & tale legatum magis in quantitate, cuius seruus non est incapax, quā in corpore consistit. *d. l. mortuo*, §. 1. *l. Titia.* 87. *de leg.* 2. *Cuiac. ad d. l. multum.*

Et hac decisione eleganter infertur, quod si feudum alicui testamento relictum est, nō valere legatum, adeo vt ne quidem æstimatio debeatur. Ratio est, quia cum feudum extra familiam alienari non possit, & extraneus eius possidendi ius non habeat, neque ei per legatum relinqui potest. *Curt. in tract. feud. par.* 4. *num.* 126. *Præs. in loco a feudo ad emphyt. num.* 16. per generalem regulam tradi-

tam in *d.l.cum seruus*,§.*vlt*.quod quando aliquid legatur quod non est in commercio legatarii,tunc nec debetur eius æstimatio.

ASSERTIO XLVII.

Quantitas eadem sæpius legatà, pluries debetur, volente testatore.

INter speciem & quantitatem legata hæc seruatur differentia, vt si quantitas eadem sæpius legetur,tunc pluries debeatur. Sed si eadem species sæpius eidem legetur, tunc semel tantum debetur, quia res semel mea facta, amplius mea fieri non potest. *l. plane* 34.§.1.*de leg*.1. In hoc autem articulo ita latius distinguendum. Aut in vno testamento eadem quantitas sæpius relinquitur, & tunc semel tantum debetur, nisi legatarius probauerit defunctum voluisse multiplicari legatum. Præsumitur enim, si in eadem scriptura sæpius vnum legatum scribatur, quod testator potius illud repetere & inculcare, quam multiplicare voluit *d.l.plane*.§.1.vbi ita sentit Glo.& Bart. Aut testator diuersis scripturis eandem quantitatem sępius legauit,vt puta testamento & codicillis, & tunc præsumitur voluisse legatum multiplicare, itaque sæpius præstabitur.Exempli gratia.Si testator legauit testamento 50 & codicillis 50. præsumitur facta multiplicatio. Ideoq; debebũtur centum, nisi contrarium heres probauerit,*l.quingenta* 12.*ff.de proba*. Quod si vero dispares quantitates sunt relictæ,siue in eadẽ

vltima,

vltima voluntate, siue in diuersis, tūc vtrunque legatum præstabitur, *tex.notab.in l 3.§.cū Titio,& l.cum centum.ff.de adi.lega.Zaz. ad d. l.plane §.num.19.*

Obstat huic doctrinæ *l.Sempronius.47.de leg.2.* vbi testator cum vnum testamentum duabus tabulis scripsisset, in vno legauit centum, in alio quinquaginta, deciditur, quod tantum quinquaginta debeantur. Resp. Ibi vtraque quantitas deberi non potest, quia testator non nisi vno testamento decedere potuit. Itaque in dubio minor summa debetur, nisi legatarius contrariam voluntatem probauerit *l.si ita 14. de leg.1.*

Secundo obiicitur *l.libertis.ff.de ali.lega.* vbi primo testator legauit testamento mēstruos decem, deinde codicillis menstruos septem: in hac specie deciditur, quod posterius legatum tantum debeatur, ac si prior legata quantitas esset reuocata. Res. Ideo in illa lege, minor summa in posteriori vltima voluntate relicta debetur, quia in priori legauit certis tātū personis seu libertis, posteriori vero legauit generaliter omnibus libertis, hoc enim speciali casu minor summa debetur. Quando enim testator priori scriptura aliquibus legatum amplius relinquit, & in posteriori omnibus exiguius relinquit, tunc omnib. minor summa debetur, quia à priori volūtate recessisse videtur, *Zaz.ad d.l.plane,§.1.n.13.* Vel aptius & melius responderi

poteſt, quod hoc ſpecialiter procedat in alimento legatorum, ne vltra modum alimentorum quicquam habeant legatarii. Illud enim ſpeciale eſt in legatis alimentorum, vt non multiplicentur, nec reiterentur. *l. alimẽta. §. baſilica, ff. d. ali. lega.* Ita notat. *Duare. ad d. l. plane. §. 2.*

ASSERTIO XLVIII.

Legatum in alterius liberam & meram voluntatẽ conferri non poteſt, ſed in alterius voluntatem, tanquam viri boni arbitrium collatum, valet.

PAulus & Vlpianus in *l. 1. de leg. 2. & l. Senatus 43. §. legatum. de leg. 1.* in arbitrium alterius conferri legatum, velut conditionem poſſe ſcribunt. Verum Modeſtinus in *l. nonnunquam 52. ff. de cond. & dem.* in alienam voluntatem conferri non poſſe legatum reſpondit. Hæc IC. reſponſa ſibi contraria videntur, vt affirmantia & negantia. Charondas in libris πιθανῶν ea ſic conciliat, vt ſit legatum in alterius arbitrium, tãquam quæuis conditio conferatur, ipſum valeat, tanquam ſi teſtator boni viri arbitrium intellexiſſet. Verum ſi huiuſmodi ſit legatũ, vt teſtatorẽ alterius voluntatem ita elegiſſe conſtet, vt ex ea legati dationem pendere omnino, non tãquã ex boni viri arbitrio ſenſiſſe videatur, legatũ eſt inutile. Sic enim de bonis ſuis teſtatorem diſponere oportet, vt vltima eius ſententia ex alterius nutu non pendeat, ſed vt ipſe declarat ex ſuo ipſi⁹ arbitrio & iuſſu; quid

post mortem suam fieri velit. Vera itaq; hæc est conclusio, quod in meram, liberã & absolutam voluntatem tertii non recte relinquatur legatum, sed arbitrium tertii, vel per verba denotantia arbitrium recte cõfertur, quia tunc legatum illo arbitrãte efficaciter debetur. tex. est qui sic debet intelligi in *d. leg. 1. de leg.* 2. vel eo non arbitrante recurritur ad viri boni arbitrium. *l. vlt. §. sed et si quis. C. Com. de legã. l. si sic 75. de leg.* 1. *Gomez. tomo* 1. *Resolu. de lega. num. 47.* Similiter in heredis meram & absolutam voluntatem legatum poni non potest, vt si testator dicat, lego Titio centum, si heres meus voluerit. *d. l. Senatus. §. legatum.* Sed si legatum conferatur in arbitrium heredis, hoc modo, si æstimauerit, si comprobauerit, si iustum putauerit heres, legatum valet; & tenetur heres ad eius præstationem: quia si fuerit iustum & æquum, debetur, licet heres non arbitretur, vel contrarium decernat: quoniam quasi viro bono potius ei commissum est, non in meram eius voluntatem collatum, *d. l. si sic, l.* 11. *§. quanquam; de leg. 3. l. fideicommissa 46. de fid. lib.*

Præterea in hoc tractatu alia adhuc antinomia occurrit: nam Pomponius in *d. l. si quis 68. ff. de hered. inst.* decidit, non valere legatum collatum in arbitrium tertii, hoc modo, *si Titius voluerit*, valere tamen sub hac cõditione, *si Titius Capitolium ascenderit.* Diuersum decidit Vlpia. in *l. 1. de leg.* 2. vbi vi-

detur afferere, vtroq; cafu legatum recte re-
linqui, fiue dicat teftator, *fi Titius Capitolium*
afcenderit,an fi voluerit. Refp. Apud Vlpian.
hæc oratio proponitur per negationẽ. Quid
intereft,an legetur, fi Titius voluerit, an ve-
ro, fi Capitolium afcenderit? atqui ibi nihil
definitur. Certum tamen eft ex *d.l.fi quis*, has
formulas legati plurimum inter fe differre.
Valet legatum,feu inftitutio heredis, fub cō-
ditione, *fi Titius Capitolium afcenderit:* non
valet *fi Titius voluerit.* Ratio diuerfitatis eft,
quia hæc cōditio, *fi Titius voluerit* plane con-
fertur in arbitrium Titii, & fola hic Titii vo-
luntas quodammodo fpectatur, nec relin-
quitur aliqui l voluntati teftatoris. Itaque vi-
tiofa eft hæc difpofitio quia teftamentum eft
voluntatis noftræ, non alienæ de rebus no-
ftris difpofitio. At quando ita legatur, *Caio*
do lego fi Titius Capitolium afcenderit; tale le-
gatum valet quia tunc teftator certus eft de
fua vo untate, neque confertur difpofitio
plane in T tii arbitrium, fed hoc principali-
ter agitur, vt aliquid faciat Titius, quod for-
taffis intereft teftatoris ad effectum deduci,
& ita non principaliter,fed in cōfequentiam
pendet legatum ex voluntate Titii. *Duare.ad*
tit.ff.de cond.inft. Connan.lib. 1. Com.c.6. Itaq;
quod in *d.l.Senatus*, § 2.traditur,in aliena vo-
luntate legatum poni poffe, hoc accipien-
dum eft ita,quod tacite poni poffit, vt in hac
conditione accidit, fi Titius Capitoliũ afcen-
derit,

derit, expreſſe vero in alienam voluntatem legatum conferri poteſt. *Donel.ad l.43.de V. S.num.6.*

Obiicitur etiam huic aſſertioni *l. ſi quis mihi 25.§.ſi coram ff de acq. her.* vbi valet aditio hereditatis, quæ fit arbitrio Titii. Reſp. In eo loco iuſſus eſt filius à patre hereditatē adire coram Titio, quod perinde eſt, ac ſi Titio ſciente, intelligente & arbitrante adire iuſſus ſit, id eſt, illius conſilio & arbitrio, non voluntate: alioqui conferretur hereditatis aditio in alienum arbitrium. Inuito igitur Titio poteſt adire, nō debet & velle Titius, ſed debet adeſſe, intelligere quid agatur, & conſulere heredi, ſi opus foret, atque ita videtur heres adeundo paruiſſe voluntati defuncti. *l. coram.109.vbi Cuiac.ff.de V.S.*

Poſtremo obiicitur *l. fideicommiſſa. 11 §. ſic fideicommiſſum, de leg.3.* vbi dicitur, quod valeat legatum ita conceptum: Titio fundū lego, niſi heres meus noluerit. Reſp. Ideo illud legatum valet, quia conditionale eſt, & primam voluntatem exigit: hoc eſt, ſi contigerit heredem ſemel voluiſſe, amplius ſententiam mutare non poteſt: quia in perpetuum tractum voluntatis eius legatum non eſt collatum. Aliud obtinet in conditione, ſi voluerit: nam ea futuri temporis tractum perpetuum includit, & mutandæ voluntatis poteſtatem delatam ſignificat, Ideoque tale legatum, cum heredem nullo modo obſtringat,

non valet.*arg.l.centesimis.§.vlt.ff. de verb. obl. Rober.lib.2.recep sent.cap.10.*

ASSERTIO XLIX.

In legato generis est electio legatarii, nisi aliud testator dixerit.

PRobatur hæc decisio expresso textu in *§. si generaliter.Inst. de lega.* Adhibetur autem plerunque in hoc articulo hæc distinctio, Aut testator verbo legati direxit ad heredem, hoc modo: *Heres meus damnas esto dare Sempronio vnum ex meis equis, seruis*, &c. & tunc heredis est electio. *l. qui concubinam. 29.§.1.in fi. de leg.3.l.si is cui 19.l.si ita relictum 45.§.vlt.de leg.2.*vbi legatum fuit hac formula relictũ, *Heres dato.*ideoque electio est heredis, quia verba eum respiciũt. Aut ad legatarium verba directa sunt, ita dicendo: Sempronius habeat, capiat vnum bouem: & tunc legatario datur electio. *l. plane 34. §. vlt. de leg.1.*vbi testator ita dixit, *Fundum aut vsumfructum sibi habeto legatarius*, & dicitur legatarii electionem esse, quia verba ad eum referuntur. *Sneidevv.& Wesem ad d.§.si generaliter.* Cum autem verba legati sunt dubia, electio est legatarii, vt si dicat testator, *do lego.l. Lucio 23.de leg.2.* Ratio est, quia hoc legatum est vindicationis, in quo recta via dominium transit in legatarium, & qui rem vendicat, certam rem, quam & qualem petat, exprimere tenetur. *l.6.ff. de rei vend. l. huius-*

iusmodi 84.§.vlt.& l.sequ.de leg.1. Aliud est in legato damnationis, in quo heres constituitur debitor, & verba referuntur ad heredem; ideoque quia regulariter in obligatione generis est electio debitoris, *l. qui ex pluribus 106.de V.O.l.plerunq;ff.de iu.dot.* heres vnam ex pluribus speciebꝰ eligere potest. Præterea ex eo legato oritur tantum actio personalis ex testamento, non rei vendicatio, & sic cessat hic varietas actionum propter quam cōpetit electio legatario, *l.si seruus,108.§.cum homo.de leg.*1.& ibi pulchre Cuiac.ad Afric. Hodie vero ex quo iure nouo proditum est, vt non solum in personam agatur, sed etiam in rem ex omnibus generibus legatorum, idq; in fauorem legatarii sit constitutum, *l.1.C.Cō. de lega. d.§.cum homo*, merito tribuenda est electio legatario in legato generis, si modo eius generis res testator in patrimonio habuerit, *l.2.ff.de opt leg.Baro in manual.ad tit.de legat.Duare.ad d.l.legato.*

Obiicitur *l. legato 37.§.1. & l. si qui à filio 32.§.1.l.cum seruus 39.§. Seio. de leg.* 1. vbi dicitur, quod si quis plures seruos vel fundos eiusdem nominis habens, legauit vnum fundum vel seruum, nec appareat de quo senserit, electionem esse heredis. Resp. Ibi testatorem de certa re seu specie sensisse probabiliter colligi potest, quo casu heredi competit electio. Cum enim constet testatorem certam rem animo agitasse, simul quoque cer-

tam rem animo agitasse, simul quoque certum est, nullam eum electionem legatario tribuisse neq; omnes res legato subiicere voluisse. Ideoq; cum ob defectum probationis eius quod actum est inutilis dispositio reddi videatur, *l. duo sunt Titii. ff. de test. tut.* tamen quia certum est, testatorem vnam rem dare voluisse, eius voluntatis conseruandæ gratia, in legatarii fauorem id legatum valere interpretamur: sed ita vt heredi in eo grauato, quod non corruat actus, tanquam debitori existenti concedatur electio, *arg. l. plerunque ff. de Iur. dot.*

Sed huic sententiæ iterum obstat *l. qui duos. 20. de leg. 1.* Quidam duos seruos habebat, vnum ex eis legauit, non intelligitur quem legauerit, legatarii electio est, inquit. Sed dissimilis est hæc species; quoniam hic testator non sensit de certo seruo, sed legauit vnū ex duobus per vindicationem, non dixit, *Stichū lego*, tunc sentiret de certo. Itaque non sensit de certo corpore, vnde merito dicitur legatario competere electionem. *Duare. ad d. l. legato.*

Illud autem notandum, quod quando in legato generis legatarius habet electionem, tunc neque optimum, neque pessimum sed mediocre eliget, & hoc ab herede ei præstabitur *d. l. legato 37. l. si heres. 110. de leg. 1. l. sancimus. §. 1. C. de dona.*

Secundo obiicitur *l. 3. & 4. ff. de trit. vin. oleo leg.*

leo,leg. vbi dicitur, quod vino vel oleo generaliter legato, nō adiecta certa qualitate, præstandum non esse optimum vel mediocre, sed id quod heres elegit, Resp. Hoc verum est, quando legatum generis in quantitate consistit, tunc enim electio est heredis, & heres liberatur dando minimum, *l. si fideiussor. 52. ff. Manda.* Sic etinm nummis in genere legatis exiguiores debentur. *l. nummis 75. de leg. 3. Zaz. ad d. l. legato. 37. Rubertus lib. 2. sent. cap. 14.*

ASSERTIO L.

Recte definitur legatum, quod sit donatio quædā à defuncto relicta.

HÆc definitio traditur à Iustiniano in §. 1. *Inst. de lega.* vbi hæc verba quæ addita sunt, AB HEREDE PRÆSTANDA, spuria & suppositicia sunt, à sciolo quodam imperite adiecta, ideoque reiici debent. Probatur hoc primo, quia Theophilus Institutionum paraphrastes eorum verborum non meminit, & absunt à definitione Modestini in *l. legatum 36. de leg. 2.* Secundo probatur hæc sententia per *l. Lucius 22. de leg. 2.* vbi refertur, legata etiam ab ipso testatore in vita eius solui & præstari posse. Ergo non semper ab herede eius præstanda sunt. Idem probat *l. filia C. eod* Tertio & confirmatur hoc ea ratione, quod legata ab alio, quam ab herede præstentur. Nam legata hodie ex constitutione Iustiniani fideicommissis sunt exæquata *l. 2. C. com.*

de lega. At fideicommissa præstantur non solum ab herede, sed etiam ab herede heredis vel legatarii, item à patre vel domino heredis, imo & à legatario & fideicōmissario pręstantur. *l.5.§.ult. cum l.seq. de leg.3. Inst. de reb. sing.per fideic.relic.in princ.* Ideoque & à legatario, item herede heredis & legatarii, sicut fideicommitti; ita & legari potest, & sic non semper ab herede legatum præstatur. Quinimo & à marito, qui morte uxoris dotem lucratur uxor legatum recte relinquere potest. Deniq; a donatario causa mortis, & ab omni eo, quiquid mortis causa accepit à defuncto, sicut fideicōmitti, ita & legari potest, *l. ab eo. C. de fideico. l.1.§.pen. de leg.3.* Itaque ex his rationibus liquido apparet; quod illa verba AB HEREDE PRÆSTANDA, veteri definitioni legati, non nouæ conueniant. *Goda. ad l. verbis 120. de ver. sign.*

ASSERTIO LI.

Sicut aucto legato, quod accedit, pertinet ad legatariū; ita diminuto legato, qd' superest, debetur.

AUgmétum & diminutio in re legata cōtingens pertinet ad legatarium, nisi constet testatorem voluntatem mutasse. Vnde si areæ legatæ imposuit ædificium post testamentum factum, debebitur domus imposita legatario: & è contra domo diruta casu aut vi maiori, debetur adhuc area, quæ est maxima pars ædium, & consequenter rudera & cæmenta. *l. si ex toto.8. de leg.1. l. si area.39. de leg.2.*

leg.2.l.si grege.22.de leg.1. Sed si testator ex proposito seu consulto domum legatam destruxit, aliamque ibi ædificauit, legatum interit, quia creditur mutata voluntas testatoris. *l. si ita legatum, 65.§.fin.de leg.1.*

Sed in hac repugnare videtur *l.si chorus 79. §.area.de leg.3.cum d.l.si area. Duare. ad d. l. 8.* hæc ita conciliat, vt regulariter area legata ędificium areæ impositū debeatur: sed tamē hoc non procedit, si appareat ex coniecturis testatoris volūtatem mutatam, vt si homini tenuis fortunæ legata sit area, & postea magnifica & sumtuosa domus areæ imposita, nō debetur ædificium. *arg.l. seruum, 44. §.si area, de leg.1.* Quod & videtur Accur. sentire in *d.l.si chorus.§.area.* Itaq; in dubio area legata debetur & impositū ædificiū, nisi testator voluntatē mutauerit. Generaliter enim superficies cedit solo: mutatæ autem volūtatis probatio exigitur ab herede. *l.11.§.si rem. de leg.3.* Et si hæredi nō suppetat probatio in hac specie, præsumitur testator imposito areæ ædificio, potius auxisse legatum, quam mutasse voluntatem. Diuersum obtinet, si lana legata sit: & vestis ex ea fiat, item si ex sylua legata nauis extruatur, aut ex marmore legato conficiatur statua, tunc enim extinguitur legatum. *l. Seruius.57.l.quæsitum, 78.§.illud. l. lana.83.de leg.3.* Ratio diuersitatis est, quia in priorib. casibus species noua non plane perimit priorem, ideoque illud quod mutatum

est debetur. Sed quãdo prior species ita mutatur, vt plane extinguatur, nec in priorẽ speciem iterum redigi possit, interit legatum, vt si fiat ex sylua nauis. At si res ad priorem speciem reduci possit vel prior species nõ plane extinguatur, mutatio non perimit legatum. Vnde area legata domus imposita debetur, & massa argenti legata, scyphi ex ea facti debentur, *d.l.lana. Cuiac.lib. Obs.23.c.22.*

Verum ad huc mãgna superest antimonia in eo quod de lana delictum: est nam in *l.ferrum 44.§.si pocula.de leg.*1. respondit Vlpianus, veste facta ex lana deberi vestem. Id Paulus negat in *d.l.lana* Respõdet Duarenus ex sententia veterum, quod regulariter lana legata nõ debetur vestis, nisi appareat testatorem vestem quoque voluisse deberi: vt si forte fecit vestem, quo plenius consuleret legatario, qui in ea re sumtum facturus erat. Et hoc est, quod dicit *Vlpia. in d.§. si pocula* . si modo nõ mutauit testator voluntatem. Itaq; lana legata non aliter debetur vestis ex ea facta, quam si ex coniecturis appareat testatorem hoc voluisse. *Duarenus ad d.§.si pocula.*

Denique obstat prædictis textus in *l mortuo 49.de leg.*2. vbi mortuo boue legato, nec caro, nec corium debetur. Resp. Ibi res ipsa animata, quæ erat legata, peremta est, quæ longe differt in substantia ab illa, quæ remãsit, & ideo nihil debetur. Non eadem est materia nec forma mortui pecoris, quę viuentis nec

nec caro eadem. Animal enim legatũ eſt, animalis vero nihil ſupereſt, quia exuuiæ non ſunt pars animalis. Cui legi non aduerſatur *l. ſi ſeruus.§.boue.ff.de cond.furt.* quę mortuo vel occiſo boue furtiuo, ait dominum cõdicere aut vendicare λείψανα. Nam ea lex loquitur de domino, nos loquimur de legatario nõdum nacto rei legatæ dominium: hoc eſt, ſi bos periit viuo teſtatore, vel ante aditam hereditatem Animal legatur non eſt legatarii, niſi poſt mortem teſtatoris, & aditam hereditatẽ *l. ſi tibi, 86.§.cum ſeruus.de leg.* 1. Ideoq; ſi interim pereat ſine dolo & culpa heredis, nec æſtimationem, nec λείψανα petere poterit legatarius. *Duarenus ad d.l.ſi grege.*

ASSERTIO LII.

Res hoſtium legari poteſt

IN hac ambigua quæſtione, *an res hoſtium commode legari poſſint*, Ita diſtinguẽdum eſt Aut res apud hoſtes exiſtens, aliquando noſtra fuit & ea recte legari poteſt, propter ſpẽ poſtliminii; quia fieri poteſt, vt eam deuictis hoſtib. recuperemus, aut pretio redimamus. *l. id quod apud hoſtes. 9. l. ſeruus ab hoſtibus 98. de leg.* 1. *l. vlt.ff.de act.emp.* Aut res apud hoſtes exiſtens, nũquam noſtra fuit. Et hæc abſolute legari nõ poteſt, ſed iuta demum, ſi aliquo caſu emi poſſit. *l, ab omni. 104.§.etiam, de leg.* 1. Hoc eſt, eæ tãtum res hoſtium legantur, quæ eiuſmodi ſunt, vt recte emi & vendi poſſint, quales ſunt pleræque res mobiles, exceptis

armis,& quæ ad victum parandum pertinēt: reliquorum enim mobilium commercium cum hostib. recte exercetur, *l. cotem ferro, ff. de publ. & vect. l.* 1. & 2. *C. Quæ res exp. non deb. l. vnic. C. de lito. & itin. custod. lib.* 12. Itaque & illæ res hostium recte legantur,quę ab hostibus emi possunt. Fundi vero & aliæ res immobiles hostium nulla ratione emi possunt, cum bello capti publicentur,& fisco addicātur,non autem fiant occupantis, *l. si captiuus* 20. §. 1. *ff. de capt. & postl.* Ideoq; nec stipulari aut legare fundum hostium possumus. *l. liber homo* 103. *de verb. obl. Rober. lib.* 1. *sent. iur. c.* 17.

ASSERTIO LIII.

Legatū fundi in genere relicti,siue testator habeat fundos in patrimonio,siue nō,nullius est momenti.

RAtio huius assertionis est,quod fundus sola destinatione & volūtate patrisfam. cōstituitur, ita vt quælibet minima pars fundi, veluti palmus vel cespes terræ, possit dici fundus. *l. quod in rerū*, 24. §. *si quis post, l. plane*, 34. §. *vlt. de leg.* 1. *l. locus* 60. *de V. S.* Ideoque cum heres vel minimam partem agri dando liberetur,merito dicitur derisorium, & nullius momenti hoc legatum. *tex. in l. cum post.* 69. §. *gener. ff. de iu. dot. tex. in l. ita stipulatus*, 115. *de V. O.* vbi Iohan. de Imola istam opinionem dicit magis communem, sicut & Iason notat in *l. legato generaliter, de leg.* 1. Contrariam opinionem defendit *Petr. de bella Pertica in*

ca.in d.l.ita stipulatus, quem ibi refert *Bart. in 8.oppos.* quod scilicet valeat legatum fundi in genere, si modo testator reliquit fundos in patrimonio. Sed tamen prior sententia verior est. & in iure magis fundata.

Obiicitur *l.si domus*, 71.*de leg* 1. Vbi dicitur, quod legatum domus in genere relictũ valet, si modo testator reliquit domos in patrimonio, teneturq; heres eam domũ soluere quam volet: si vero nullam domum reliquit, derisoriũ magis est legatum quã vtile. Resp. Illa lex procedit in domo seu prędio vrbano: cuius non est tanta incertitudo quam fundi rustici, cũ domus appellatione intelligatur omne ædificium aptum ad inhabitandum. Sed in fundo rustico maior est incertitudo, cum fundus possit intelligi tã de loco ad seminandum destinato, quam de vinea, prato, horto vel alio simili: quod non est in prædio vrbano. Præterea licet fundus rusticus habeat certos aliquos fines & limites, facto hominis circũscriptos; tamẽ non ita sunt fixi, certi & perpetui, sicut limites fundi vrbani; quia domus magis realiter distinguitur quã fundus, scilicet per cæmenta, ligna, lapides & parietes. Ideoque generale fundi rustici legatum merito vitiatur propter incertitudinẽ. Ita tradit *Gomez. in var. resolu. c. de lega. n.* 23. *& c. de qual. contract. nu.* 8. Est. n. vera & certa regula, qđ omne legatũ, omnisq; stipulatio, quæ ad rem vilissimam reduci potest nullius est momenti, *d. §. gener. l. triticũ, ff. de verb. obl.*

Assertio LIV.

Cum certa pecunia vel quantitas legatur, tanquã corpus pars eius pecuniæ, quæ superest debetur.

QVando testator legat quantitatem tanquã certum corpus vel speciem, veluti si legat Titio decem, quæ in tali arca vel loco habet, tunc ea quãtitas tantum debetur quæ in designato loco reperitur, siue tãta sit summa, quantam testator expressit, siue minor. *Tex. est in l. si seruus, 108. §. qui quinque de leg. 1. fac. l. sed si certos 51. ff. eo.* Additur ratio in *d. §.* quia cum quantitas tãquam certum corpus legatur. & ea quantitas in rerum natura non sit, nihil legatum videtur. Non enim pecunia hic tanquam quantitas consideratur, cum ea veluti genus non possit perire. *l. incendiũ. |C. Si cer. pet.* sed tanquam corpus vel species, cuius interitu sine sua culpa contingente debitor liberatur, *l. si ex legati, 23 ff. de V. O.* Additur in *d. §. qui quinq.* Quod ea tamen summa quæ superest, debetur. Idemq; subiicit Africanus in stipulationibus obtinere.

Cui è diametro repugnat *l. si ita stipulatus 120. ff. de ver. obl.* vbi dicitur, si qui ita stipulatus est, hanc summam centum aureorum, quæ est in hac arca vel mensa, mihi dabis: si non sit quantitas centum aureorum, nulla & inutilis est, etiam respectu eius quantitatis, quæ minus reperitur, stipulatio. Resp. In isto exemplo præcise actum fuit inter contrahẽtes de summa centum aureorum. Ideoq; in-

ūtilis est stipulatio propter mentem contrahentium,si tanta summa non repetitur. *Iaſ. & Duare. ad d.l.120. Peck. ad c. plus semper. de R.I.in 6.*

Secundo obiicitur,quod falsa demonstratio legatum non vitiat,*l.17.ff.de cond. & dem.* Itaque si Titio decem quæ in arca sunt,legata sunt,debetur legatum.licet nulla pecunia sit in arca.Resp.Quod dicitur falsam demōstrationem non vitiare legatum. hoc verum est, dūmodo aliquid sit quod legatur:at in proposito res nulla subest,si nulla pecunia in arca reposita extet.Qui enim decem quæ in arca sunt legat,non quantitatem legat,sed corpus quod non extat,*l.1.§.vers sed et si dotem.ff. de dot.præleg.* Sic statuūt *Pac.cent.conc.32. Baro in manua. ad d.tit.* qui notat, hoc legatum, *Centum quæ in arca habeo*,non tam falsam demonstrationem, quam certam relationem continere ad certum subiectum:quæ relatio efficit,vt subiecto non existente,ad quod relatio legati facta est,deficiat legatum.

Tertio obiicitur *l.si sic legatum 75.§.1 de lega.1.*vbi dicitur,quod si testator legauit alicui decem quæ Titio debet, ne quicquam Titio debeat,nihilominus decem debebuntur, nec falsa demonstratio perimet legatū.Resp. Quod dicitur,falsam demōstrationem legatum non perimere, hoc restringitur sub hac conditione, si modo id quod legatur, sit in rerum natura,*l.quibus 40.§.pen.ff. de cond. &*

dem. Itaque cum hoc in casu certa summa legata sit, quæ nullo certo loco definita est, ac proinde vndecunque sumi possit, falsa demonstratio legatum non perimit. Ratio diuersitatis est, quod certi loci definitio etiam in pecunia certum corpus facit. Quod nõ vbiuis, sed in loco tantum designato sit, *l. plane 34. §. sed si non corpus, de leg.* 1. Itaq; si hoc corpus in eo loco non extet, intelligitur legatũ quod non est in rerum natura. At vbi certa summa legata nullo loco circumscripta est, apparet legatam eam quantitatem quæ in rerum natura est, quæ cum possit vndecunque sumta præstari, valet legatum.

Sed adhuc vehementer aduersatur *d. l. si sic. §.* 1. vbi deciditur, quod si testator legat Titio decem, quæ sibi Titius debet, vel quæ sibi Sempronius debet, & neuter eorum quicquã debeat, in vtroque casu legatum non valet. Resp. Ideo ista legata nõ valẽt, quia nullę res extant, quæ legatæ sunt. In priori casu, cũ testator legat Titio decem, quæ sibi debet, liberationem legat Titio ab illis decem: sed nulla est liberatio hominis non obligati, ideoque nullum est legatum. *l. legaui. de lib. leg.* In posteriori vero casu, cum testator legat Titio decem, quæ sibi Sempronius debet, non legantur decem, quæ hęres præstet, sed legatur actio aduersus Sempronium, quæ nulla esse potest aduersus eum, qui nihil debet. Pulchre. *Donel. lib. 8, com. c. 14.*

ASSER-

ASSERTIO LV.

Quando testator legat fundum sibi cum alio communem, pars testatoris propria tãtum debetur nisi alteram partem redemit à socio, tunc enim totus fundus debetur

CVm fundus communis legatur, pars tãtum debetur, quæ testatoris propria est. *l.5.§.1.de leg.* 1. Ratio est quia cẽsetur testator illud ius tantum legasse, quod in fundo habet, *l.si domus, 71.§.vlt. de lega.*1. Idem dicendum est, si testator fundum, quem cum alio communem habet, legat, his verbis, *Fundum meum dato*; tunc enim pro parte dominii legatum tantum consistit, nõ etiam pro parte socii, *tex.est in d.l.5.§.vlt.l.dominus, 22.§ vlt. de pecu.leg.* Ratio est, quia meum etiã est, quod pro parte meum est *l si.quis seruos, 74.de leg.3.l. illud 46.de rit.nupt.*

Sed quæritur, si testator fundum communem ita legauit; *Fundum meum dato*: & deinde redemit partem socii, ita vt totus eius factus sit, an totus debeatur legatario? Et decidit Accur. in *d.l.5.§.vlt.* quod tot⁹ nõ debeatur, per *l.si ita 7.de au.& arg. leg.* vbi traditur. quod hæc verba, *meum tuũ*, præsens tempus testamenti significant. Atqui eo tẽpore pars tantũ erat testatoris. Ergo ea pars tantum debetur. Quam sententiam Accursii, Iason & Zazius improbant in *d.l.5.* & recte statuunt; etiam partem post testamentum redemtam & acquisitam deberi legatario, per *l.8.& l.*

quod in rerum 24.§.2.de lega.1.l. cum fundus, 10.de leg.2. vbi dicitur, quicquid adiicitur rei legatæ post factum testamentum, id fieri legatarii.

Obiicitur *l.si ita 7.ff.de aur.& arge. lega.* vbi dicitur, quod qui vestem suam, argentum suum legat, hoc legato tantum comprehenditur illud, quod testator tempore testamenti possidebat, non vero quod postea acquisiuit. Resp. Ista lex loquitur de accessione corporum separatorum, vt cum quis legat vestes suas, & post testamentum alias acquirit, illæ non debentur legatario. Diuersum est, si pars accedens ita rei legatæ adiicitur, vt cum ea vniatur, tunc enim ista accessio debetur legatario, exemplo alluuionis, *Zaz. ad d.l.5.§. Labeo.n.6.de leg.1.*

ASSERTIO LVI.

Cui quid coniunctim legatur, cum altero, qui non est in rerum natura, ei iure veteri pars tantum debetur, iure nouo solidum.

QVando duob. coniunctim eadem res legatur, & legatum ab initio nõ consistit in alterius persona, vtpote quia nõ fuit in rerum natura tempore testamenti, tunc eius pars non accrescit collegatario, sed relinquitur apud heredem. *tex.est in l.si duobus, 16. in princ.de leg.1.* vbi talis facti species proponitur: *legauit quis fundum Titio, & Mæuio, quem credebat viuere. At Mæuius iam erat mortuus: quæritur an Titio debeatur totus fundus.*

Deci-

Decidit IC. partem tantum ei deberi, & sic pars altera, quæ pro non scripta habetur in persona Mæuii, remanet apud hæredē. Ratio decidendi, cur hæc pars nō accrescat collegatario hæc est, quia nunquam subsisterat legatum in persona Mæuii. Ergo nec accrescere poterat. quia non entis nullæ sunt qualitates. Legata quæ ab initio non consistunt in persona legatarii, pro non scriptis habentur. Ideoq; apud heredes remanent, *l. huiusmodi, 84. §. si Titio, de lega. 1. l. si Titio. 7. ff. de lega. 2.*

Obiicitur §. *fina d. l. 16.* vbi testator qui habebat vxorem grauidam; legauit Titio & postumis fundum, & deciditur, quod non nato postumo, Titio totus fundus debeatur iure accrescendi. Resp. In principio legis legabatur ei qui non erat in rerum natura, nec esse sperebatur, quo casu pars deficiens non potuit accrescere collegatario, quia illa pars nūquam cœperat nunquam, vt ita dicam, pedem fixerat, ideoq; nec alteri poterat accrescere. quia non entis nullū est accidens. Sed in §. *vlt. d. l. 16.* legabatur ei, qui licet non erat in rerum natura, tamen sperabatur nasci, vt puta Titio & postumis legauit, cum forte vxor erat grauida. hoc casu, si propter abortum vxoris nō nascatur postumus, pars deficiens legatario coniuncto accrescit, quia legatum in spe probabili constitit. Ille enim

qui erat in vtero, ſperabatur naſci ſpe veriſimili & probata. *Zaz.ad d.l.16.*

Secundo aduerſatur *l. quo loco 20. ſupra de her.inſt.* Vbi pars mortui, quæ pro non ſcripta habetur, coheredi accreſcit. Reſp. Ibi loquitur IC. in hereditate, quæ non poteſt in partem deficere; quia non debet teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus decedere.

Tertio grauiter pugnat *l. vnica. §. in primo. C. de cadu. toll.* vbi dicitur, ſi duobus coniunctim legetur, & alter non erat in rerum natura tempore teſtamenti, quod coniuncto pars eius accreſcat. Reſp. Quod per eam conſtitutionem Iuſtinianus derogauit iuri antiquo, & voluit, quocunque modo deficiat pars rei legatæ, etiamſi pro non ſcripta ſit, eam coniuncto accreſcere, itaque principium *d. l. ſi duobus,* emendatur per *d.l. vnicam.* Nam ea conſtitutio edita eſt poſt Pandectas, & in eadem lege, *§. in ſecundo,* ait Imp. ſe nouum ius componere, *Duare. ad d.l.16. & lib. 1. de Iu. accreſ. cap. 18.*

ASSERTIO LVII.

Legatum alicui relictum, cum erit annorum 14. nõ niſi expleto anno debetur: eſtque legatum hoc conditionale. Vnde ſi ante annum 14. legatarius moriatur, ad heredem nihil tranſmittit.

QVæritur, ſi legetur alicui, Cũ erit annorum 14. vel cum peruenerit ad annũ 14. quando debeatur legatum, ſeu quãdo intelligatur eſſe annorum 14. vtrum cum ingreſ-

ſus

ſus fuerit annum 14. an vero cum expleuerit? Et deciditur, legatarium ad legatum non admitti, niſi 14. annum expleuerit. Annus cœptus nō habetur pro completo, tex. eſt apertus in *l. ſi cui legetur. 46. in princ. de lega.* 1. *& l. non putabam. 48. ff. de cond. & demon.*

Verum cum his legibus valde pugnat *l. qui filium. 74. §. Fabius. ff. Ad SC. Trebel.* vbi oſtenditur, ſatis eſſe, ſi legatarius inchoauerit annum 14. Reſp. In his legibus referuntur diuerſa imperatorum decreta. In *l. ſi cui, 46. & l. non putabam. 48.* refertur decretum Antonini Pii, quod obtinuiſſe apparet ex eo, quia *l. 49.* dicit, *Certo iure vtimur*, Itaq; ſecundum illud decretum, quod vſu receptum eſt, hæc quæſtio decidenda eſt. Id etiam decretū cōfirmauit Alexander Imp. in *l. pen. C. Quan. di. leg. In d. §. Fabius*, refertur Antonini Caracallæ decretum. Ergo non habetur annus incœptus pro completo. *Cuiac. ad l. 5. ff. Qui teſt. fa. poſ.*

Notandum præterea eſt, legatum ita relictum, *Cum erit annorum* 14. eſſe conditionale, ideoq; ſi legatarius interim moriatur, nihil tranſmittit ad heredem tex. eſt rotundus in *d. l. ſi cui. §. hoc autem, & l. ſi Titio ff. Quan. de leg. ced.*

Quibus valde obſtat *d. l. penul. C. Quan. di. leg.* quæ aperte ait, illud legatum non eſſe condititionale, ſed in diem, & ideo moriente legatario ante diem, transfertur in heredem

Resp. In §. *hoc autẽ. & d. l. si Titio*, ita fuit legatũ, *Cum erit annorum 14. do lego*, hoc legatũ est cõditionale. At in *d. l. penul.* pure testator legauit initio, his verbis: *Do filiæ decem*; verũ separata oratione postea adiecit, quæ accipere debebit, cum erit annorum 25. His verbis legato iam ante pure relicto, non adiicitur conditio, sed dies tantum. Igitur si in illa specie filia moriatur, antequam peruenerit ad annum 25. heres illius ista decem petet, non quidem statim, sed eo tempore, quo si viueret filia, legitimæ ætatis foret. Quod etiam confirmat *l. Firmio. 26. §. 1. ff. Quan. di. leg. ced.* Ergo in illa specie legatum transmittitur ad heredem, & purum manet. Et hæc fuit sententia Iohannis in *d. l. penult.* quę comprobatur à Bartolo in *d. l. si cui*, vbi breuiter & neruose hasce leges ita conciliat, quod in *d. l. penult.* tempus certæ ætatis post perfectum legatum adiicitur præstationi legati. At in *d. l. si cui, §. hoc autem*, adiicitur substantiæ legati, ideoque hoc casu posteriori facit legatum conditionale, non vero priori.

ASSERTIO LVIII.

Nemo potest cauere, ne leges in suo testamẽto locum habeant.

PRæclare & insignis est hæc decisio, quã traditur, quod nemo potest in testamẽto suo disponere, vt leges in suo testamento locum non habeant: *l. nemo potest. 55. de leg. 1.* Concordat *l. 5. § Iulianus. ff. de adm. tuto. & l. testan-*

testandi. C. de testa. vbi dicitur, quod testator non potest formã iurisdictionis in testamento mutare, aut iuri publico derogare. Ratio est, quia priuati hominis voluntatem plus virium, quam leges habere non oportet.

Exemplum est in lege Falcidia. Nemo potest cauere, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat. *l. quod bonis. 15. §. 1. l. Seius. 27. ff. Ad l. Falc.* Verùm Iustinianus hoc immutauit in *No. 1. §. si vero expressim:* ex ea prohiberi potest Falcidia. Quod & ad quartam Trebellianicam rectè producitur, vt & illa iure nouo à testatore prohiberi possit, quia & ad exemplũ Falcidiæ introducta est. *§. sed quia heredes. Inst. de fideicom. hered.* Deinde eadem ratio est; nam non est periculum, ne heres sine lucro adeat, nam cogi potest adire etiã inuitus iure antiquo. *Duare. ad d. l. 55.*

Similiter testator non potest in testamento derogare iuri publico, aut solennitatibus nec auferri alicui ius ex statuto debitum, vt puta legitimam liberis dotalitium, aut quotã hereditariam vxori statutis municipalibus aut legibus assignatã. *Auth. præterea. C. Vnde vir. & vx.* nisi quota hæreditaria debeatur ab intestato: tunc enim testamento auferri potest. Caussa enim intestati cessat, neq; admittitur conditio testamento. Quartam tamen ex *d. Auth. præterea*, debitam, ne quidem iure ciuili coniugibus testamẽto auferri posse, communiter à DD. receptum est. *Wesem. ad*

tit. Qui test. fa. pos. & ad tit. Unde vir & vx. in paratit.

Obiicitur, quod edicto Prætoris siue iure publico introductũ est, vt de legatis sub conditione vel in diem relictis, heres cogatur satisdare de legatis illis, existente conditione, vel die soluẽdis. *l. 1. & toto tit. ff. Vt lega. no. cau.* Atqui ea cautio potest à testatore remitti, valetque præceptum, quod testator cauet, ne heres eam præstare teneatur. *l. cum tale. 72. § l. 1. auia. 77. §. vlt. ff. de cond. & dem. l. 2. & pen. C. Vt in poss. lega.* Resp. Ante constitutionem D. Marci ea cautio non potuit testamẽto remitti, sed post rescriptum eius Imp. hęc cautio legatorum testamento remitti potest, *d. l. 2. l pactum. 46. ff. de pact.*

Pertinet etiam ad hanc regulam hoc exemplum, quod vsufructuarius tenetur cauere se vsurum fruiturum boni viri arbitrio, & cum vsusfructus finitus fuerit, se restituturũ, quod inde extabit. *l. 1. vsufr. quem cau.* Hæc cautio testamento non potest remitti, *l. 1. & 4. C. de vsuf. l. pen. C. Vt in poss. lega.*

Sed obiicitur, quod dictum est in præcedenti exemplo, cautionem legatorum posse in testamento heredi remitti; cur ergo & cautio fructuaria non potest testamento remitti? Resp. Hoc specialiter receptum est in vsufructu, ne detur occasio fructuario delinquendi & abutendi re fructuaria: facilius & frequentius abutuntur fructuarii, qui cogitant

tant se breui vsumfructum amissuros, quam heredes, qui sperāt, se proprietate potituros. Vbi autem maius periculum imminet, ibi magis & diligentius cauendum est. *l. 1. ff. de Carb. edi. Duarc. ad d. l. 55.*

Vltimo quæritur, an testator possit testamento remittere confectionem inuentarii heredi? Et recte distinguit *Castren. in d. l. 55.* quod pater testator possit remittere tutori, ne conficiat inuentarium de bonis filiorum. textus est expressus in *l. vlt. C. Arbit. tute.* Sed heredi non potest remittere, ne conficiat inuentarium in præiudicium creditorum hereditariorum, quo minus ab eis etiam vltra vires hereditatis conueniatur: quia facto debitoris non potest conditio creditorum fieri deterior. *l. debitorum. C. de pact.* Sed si nulli sunt creditores, potest in præiudicium legatariorum remittere heredi confectionē inuentarii, quia potuit ab initio eis non legare, ergo & limitare potest legatum. *arg. l. videamus. § pen. & l. sequ. ff. de in lit. iur.*

Pertinet ad hanc decisionem elegans exemplum in *l. Lucius. 88. §. vlt. de leg. 2.* vbi talis proponitur scriptura. L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo iurisperito, rationē animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis volūtas. Hic cauit testator, ne leges in suo testa-

mento locum habeant. Sed ea scriptura habetur pro codicillis, non pro testamento: legitimi itaq; heredes succedent, non scripti.

ASSERTIO LIX.

Ille agit ex legato, cuius potissimum interest, licet verba legati non sint ad illum directa.

ACtio ex testamento datur illis, quorum interest, licet verba legati dispositiua ad eos non dirigãtur. Ita deciditur in *l. seruo. 69. §. si testator. de leg.* 1. vbi hoc enunciatum duobus exemplis comprobatur. Primum est, Testator iussit, vt duo ex heredibus soluant debitum Titio creditori suo; hoc casu non habebit Titius actionem ex testamẽto, quia nihil eius interest, cũ nihil amplius sit in legato, quam in debito. Verum coheredes habẽt actionem ex testamento, vt creditori soluatur, quia eorum interest creditori solui. Secũdum exemplum. Pater iussit filię nomine genero dotem dari, gener non habebit hoc casu actionem ex testamento, licet testator iusserit ei dari, sed filia: quia eius maxime interest dotem marito dari, vt sit dotata. Itaq; interdum alius agit ex testamento, quam is cui iussit testator dari, ille scilicet, cuius potissimum contemplatione legatur relictum est. *l. fideicommissa.* 11. *§. interdum. de leg.* 3.

Opponitur *l. 5. C. de iu. dot.* vbi cum pater pro filia dotem promisisset genero, mortuo patre, maritus agit contra heredes soceri, nõ filia. Respondet *Accurs. in d. §. si testator*, quod

illa

illa lex loquatur de actione ex stipulatu, quæ datur ei, cui promissio dotis facta est, sed hæc assertio loquitur de actione ex testamento, quæ cōceditur ei, cuius nomine legatum est.

Secundo obiicitur *l. tali. 48. §. vlt. ff. de iu. dot. & l. Titio. 71. §. Titio genero. ff. de cond. & dem.* vbi traditur, etiam genero dari actionē ex testamento, si testator iussit testamēto genero dotem dari ab herede. Distinguendum. Aut pater legauit dotem, quam iam debuit genero, & tunc gener non habet actionem ex testamento, quia inutile est legatum, cum legatum sit, iam quod debebatur. Verū filia habet actionem ex testamēto, quoniam eius interest, gener autem aget ex stipulatu. Sed necesse est, vt inter se conueniant maritus & vxor: vt vna actione sint contenti, vt vel ipse maritus agat ex stipulatu, vel filia ex testamēto, nam bis dos non soluitur. *l. huiusmodi. 84. §. cum pater. de legat. 1.* Aut pater legauit dotem genero, quam non debuit, & tunc legatum consistit in vtriusque persona, mariti & vxoris.

ASSERTIO LX.

Legatarius qui rem sibi legatam alienari patitur, adhuc potest petere rei sibi legatæ pretium.

QVæstio talis proponitur: Heredes fundum Titio legatum æris alieni hereditarii exoluendi causa vendiderunt extraneo, vel vni exheredibus: & quidē ipso Titio præsente, & teste venditionis, & instrumentum

venditionis sigillo vel annulo suo obsignante. Quæritur an Titius legati persecutionem ideo amiserit, quod venditioni fundi sibi legati quasi testis abfuit; & quod eam vēditionem signauit. Deciditur, quod non amiserit, & quod quidam nō ipsum fundum, sed pretium eius persequi possit, textus est expressus & valde notandus in *l. si fundum*. 92. *de leg*. 1. Ex qua l. obseruandum, quod legatarius qui venditioni fundi interfuit, & qui eam signauit. non amittit petitionem legati, nam pretium fundi petere potest.

Opponitur *l. nihil*. 120. §. 1. *de lega*. 1. vbi dicitur, si fideicommissarius venditioni rei sibi per fideicommissum relictæ consensit, quod nullam habet fideicommissi petitionem. Idē dicitur in *l. Lucius*. § *insulam. de leg*. 2. vbi dicitur, quod fideicommissarius, qui consensit in venditione rei sibi legatæ, nullam neque rei, neque pretii persecutionem habeat. Resp. Illæ leges loquuntur de legatario, qui palam & diserte consensit vēditioni: talis expressus consensus alienationi præstitus, habet vim repudiationis legati. Sed in *d. l. si fundum*, legatarius tanquam testis vel signator interfuit venditioni, hic palam non consentit venditioni. Ideoq; sola præsentia & significatione non amittit fideicōmissum, *l. Gaius*. 39. *ff. de pig. act. l. Titia*. 34. §. *Lucia, de leg*. 2. *l. si pater. C. de fidei*. ex quibus legibus colligitur hæc decisio, quod qui aliquem actum tāquam testis

sub-

ſubſignat, vel ſubſcribit, non præiudicat iuri ſuo, Notat *Bart. in d. l. ſi fundum. & d §. Lucia.*

Secundo opponitur *l. fideiuſſor. 26. §. pater, ff. de pigno.* vbi filius qui ſcripſit inſtrumẽtũ, in quo pater domũ filii oppignorauerat, hac ſcriptura obligationi rei ſuæ conſentire cenſetur. ideoque teſtis ſcriptura vel ſubſignatio inducit conſenſum. Reſp. ſub diſtinctione: Aut aliquis ſcribit principale inſtrumentum obligationis, in quo res ſcribentis propria obligatur, & hic cenſetur obligationi pignoris conſentire. Aut tanquam teſtis ſubſcribit & ſubſignat actum, & tunc rei propriæ obligationi & alienationi non cenſetur conſentire per ſubſcriptionem. *Coſtal ad d. l. Gaius.*

ASSERTIO LXI.

Teſtator ſi prohibuit in teſtamento rẽ alienari extra familiam, nõ valet alienatio, ſed proximi ex familia rem alienatam vendicare poſſunt.

HAnc aſſertionem euidẽter comprobãt *l. filiusfam. 114. §. Diui. de lega. 1. & l. peto. 69. §. fratre, de leg. 2.* cum aliis plurimis legibus concordantibus. Quod ſi res prohibita alienari ſit contra voluntatem teſtatoris alienata, competit proximiori agnato fideicõmiſſi perſecutio. *d. l peto. §. fratre.* Porro qui prohibetur alienare, prohibetur vendere, donare, permutare, in extraneum heredem transferre. *d. l. peto, §. fratre,* niſi quoad viuat, prohibitus ſit alienare; eo enim caſu poterit in re prohibita alienari extraneum heredem

instituero *l.pater.39.§ fundum.de lega.3.*

Sed obstat *l cum pater. 77. §. cum inter. de leg.2.* vbi cum legasset testator fundum libertis, & cauisset ne extra familiam libertorum eum alienarent; filius tamen libertæ, qui non est ex familia libertorum, heres institutus ad patrem fideicommissi admittitur. Resp. Nõ potest quis in re prohibita alienari instituere heredem extraneum, sed tamen potest eadẽ res prohibita alienari peruenire ad heredem extraneum iure successionis ab intestato Itaque licet in prædicto casu filius libertæ non sit de familia, cum fœminarum liberi nõ sint in earundem familia *l.familiæ.196.de V.S.* tamen ab intestato fundus ad eum trãsfertur. Itaque quando quis prohibitus alienari rem extra familiam, decedit hic si ad eum qui nõ est ex familia, rem ab intestato transferat, nõ censetur alienare. Ita tradunt *Castren. Bart. ad d.§.cum inter* Idem cõfirmat *Bart.in l.si ita quis.135.§.ea lege.num.7.de V.O.*

ASSERTIO LXII.

Incertis personis legari non potest,

HÆc assertio proponitur in *§.legari, Inst. de legat.* Ratio est, quia certũ debet esse testatoris consilium & iudiciũ: atqui quod incertis personis relinquitur, non certo iudicio tribuitur, sed temere & imprudenter effunditur. Incerta autẽ persona est, de qua rogatus testator nihil certi potest respondere. Vt puta si testator ei legauit, qui prior ascen-

dit

dit Capitolium; inutile est legatum, quia incertæ personæ est relictum. Quod tamen Iustinia. aliqua ratione tẽperauit, primo vt valeat legatum incertæ personæ relictum, quæ ex futuro euentu declarari potest. *d. l. d. §. legari, & ibi Sneidew. l. quidam relegatus ff. de reb. dub.* Secũdo legatur in certis person:s vtiliter ad pias causas. Legatum enim ecclesiis, pauperibus, idem ad captiuorum redemtionem relictũ, indistincte tenet *l. id quod. 24. l. si quis. ad declinandam. 39. C. de episc. & cler.* Ratio est, quia quando testator indefinite ecclesiis vel pauperibus legat, non de certis personis cogitat, sed tantum hoc vult, vt pauperibus distribuantur eleemosynę, imo vt sint incertæ personæ, certa tamen sunt exercendæ pietatis subiecta. Extra hos casus legatum incertæ personę relictũ inutile est, vtputa si testator Titio legatum reliquerit, & duo sine eiusdem nominis Titii, amici testatoris, nulli debetur legatum, *l. duo sunt. ff. de test. tut. l. 3. §. si duob. ff. de adi. lega.*

Obiicitur *l. si quis. 9. §. si inter. de leg. 2.* vbi dicitur, quod heres ei debet præstare legatum, quem elegerit, quoties vni ex duobus eiusdẽ nominis legatum est, & dubitatur, de quo testator senserit. Resp. Illud accipiendum est, vbi heres legatum vltro & spõte soluere paratus est, hic potest ei dare quem elegit, sed tamen ad id præstandum inuitus compelli nõ potest. *Fab. ad l. semper in dubiis. 56. de R. I.*

Proinde *d.§.si inter*, ita intelligẽdus eſt, quod ſcilicet legata incertæ perſonæ relicta nõ valeant, neque ad ea præſtanda heres compelli poſſit; niſi vltro ad ea ſe præſtanda offerat. *Bart. ad d.§.si inter.*

Secundo obiicitur *l. ſi fuerit. 10. ff. de reb. dub.* vbi dicitur, quod ſi legatum ſit relictũ duobus eiuſdem nominis, puta Sẽproniis, & deinde Sempronio ademtum ſit ſingulari nomine, quod in vtriuſq; perſona adẽtio valeat. Hic ademtio valet, cum tamẽ incertũ ſit, cui teſtator ademtum voluit. Reſp. Iſta lex non pugnat cum aſſertione noſtra, imo optime cum ea congruit. Nam ſicut legatũ incertis perſonis relictum nõ valet, ideo quia de certa mente & voluntate teſtatoris nõ apparet, ita etiam cum incertum ſit, cui ex duobus eiuſdem nominis adimere voluerit, non valet in vno ademtio, ſed in vtroq;. Contrariorum enim eadem eſt doctrina. Sicut ergo legatum vni ex duobus Titiis relictum non valet, cũ incertum ſit, de quo teſtator ſenſerit. ita è cõtra cum duobus Titiis legatum relictum eſſet, & poſtea vni Titio ademtum ſit, nec cõſtat, cui teſtator adimere voluerit, non valet ademtio in perſona vnius Titii, de quo forte nõ cogitauit teſtator, ſed in vtriuſq; perſona ademtio facta cenſetur.

Porro illud ſciendum, quod quando quis legat vnam rẽ ex duabus, nec apparet, de qua teſtator ſenſerit, legatum non euaneſcit, ſed

debet

debet heres eam dare quam elegit. *l. si quis 32. §. 1. l. cum seruus. 39. § scio de leg. 1.* Vt puta testator legauit fundum Cornelianum, cum duos fundos haberet eiusdē nominis, heres cogitur vnum dare, vtrum elegerit, id est, minorem. *d. § scio.* Ratio autem diuersitatis cur incerta res legata ex æquitate sustineatur, incertis vero personis legatum relictum corruat, hęc est: quia cum res incerta est quoad mētem testatoris, vt puta vna re ex plurib⁹ eiusdem nominis legata, tunc quamcumq; el gat heres, iam dicitur saltem in genere satisfecisse voluntati testatoris, quia certum est testatorem voluisse commodare legatario, dando vnam ex istis. At in personis legatariorū lōge diuersum est, quia si plures sunt Sempronii, voluntas testatoris adeo præcise dirigitur ad vnum Sempronium, vt alter omnino excludatur.

ASSERTIO LXIII.

Ad legatum consequendum competunt legatario tres actiones, actio personalis ex testamento, rei vendicatio, & hypothecaria.

EFfectus hic ex legatorum, vt res legatario ad persequendum legatum cōpetant actiones; actio scilicet personalis ex testamēto, rei vendicatio, & hypothecaria: adhibita tamen hac distinctione, vt si res propriæ testatoris sint legatæ, prædictæ actiones locum habeant. Si vero res aliena legata sit, legatario actio personalis ex testamento; & hypo-

thecaria tantum detur, non vero rei vendicatio. tex. est formalis & expressus in *l. 1. & ibi Glos. C Commun. de lega.*

Sed obiicitur, quod actio personalis & rei vendicatio simul non possint cōpetere; quia nemo potest simul contrarias actiones in iudicio proponere, *l. 1. C. de furt.* At vero inter personalem & realem actionem subest quædam repugnantia, cum in personali actione actor petat sibi dari; in reali vero asserat rem suā esse, quæ amplius ei dari nequit, *§ sic itaque. Inst. de act.* Resp. non concluditur hoc casu in personali actione ad dandum & ad trāsferendum dominium, sed tantum ad tradendum, seu ad translationem possessionis, possessio autem personali actione condici potest. *l. indebiti. 15. §. 1. ff. de cōd. inde Gl. singularis & vnica in §. nostra. Inst. de legat.*

ASSERTIO LXIV.

Qui legat certam fructuum quantitatem, si nō nascatur tantā quantum legauit; heres ad præstationem totius tenetur.

SI testator legat certam quantitatem fructuum ex fundo, si non nascantur tot fructus, quot legauit, heres nihilominus ad totius quantitatis præstationem tenetur. Ita decisum extat in *l. Lucius. 12. ff. de ali. lega. l. Paulæ. 27. §. vlt. de leg. 3. l. Firmio. 26. ff. Quā. di. leg. ced. l. quidam. testamento. 96. de leg. 1.*

Sed repugnat *l. si debitori. 39. §. 1. ff. de con. emp. & l. cum certus. ff. de trit. vin. ol. leg.* Vbi dici-

dicitur, si testator legauit alicui certos frumenti modios, vel certum numerū amphorarum olei vel vini ex certo fundo, & minus natum esset, tantum id deberi, quod legatū est. Hæ leges prima facie pugnantes ita conciliandę sunt. Aut certi fructus ex fundo simpliciter & sine conditione legātur, ita vt fundus solum ponatur ad designationem seu demonstrationem, hoc modo: Lego decem modios frumenti ex hoc fundo, & tunc supplebitur aliunde, si tantum non nascatur *d. l. Firmio d. l. Lucius.* Aut fructus ex fundo legati sunt sub conditione, ita vt fundus sit adiectus limitationis & taxationis causa, hoc modo: Lego x. modios frumenti, ex eo quod ex tali fundo nascetur, aut natū erit: & tunc si vnica prętatio tantū fuit in legato, quasi defecta cōditione liberatur heres, nec tenetur aliunde supplere. Vnde si quinq; modii frumenti tantum nascātur, hi tantum debebuntur. *d. l. cum certus. & d l. si debitori.* §. 1. Si vero plures præstationes sunt faciendę, vt si annua vel menstrua vini vasa sint legata, & tunc siue nihil, siue tantum nō nascatur vno anno, quantum relictum est, supplendum est ex aliorum sequentium annorum fructibus. *tex. notabilis in l. legatum.* 17 §. *vinis; ff. de an. lega.* Regulariter namque illa verba, *quod natum erit*, in contractibus & testamentis posita, vicem habent taxationis, & efficiunt, vt minus quem dictum est debeatur. *Cuiac. lib. Obs. 2;*

c.12. Ferra. in for. libel. qua agitur ad præstat. ficti.

Assertio LXV.

Inter verbis tãtum coniunctos locus est iuri accrescendi, & re tantum coniunctis præferuntur.

QVod inter eos, qui verbis tantum coniuncti sunt, locus sit iuri accresendi, euidenter probatur ex *l. vnica. § in his itaque. C. de cadu. toll.* vbi dicitur, si quid pluribus coniunctim legatur, vel plures coniunctim sunt heredes instituti, & vnus ex coniunctis deficiat, quod pars eius coniuncto heredi vel legatario accrescat. Atqui dicuntur coniuncti, non solum qui re & verbis iunguntur, veluti si testator dicat hoc modo, *Seio & Titio fundum Tusculanum lego*, sed etiam qui verbis tãtum coniuncti sunt, quib. scilicet coniũcta oratione eiusdem rei partes legantur, vt quãdo testator ita dicit, *Titio & Mænio fundũ æquis partibus lego, l. Triplici. 142. ff. de V. S.*

Porro hi qui verbis tantũ coniuncti sunt re tantum coniunctis præferuntur. *l. re coniuncti. 87. in fi. de leg 3. d. § in his itaque*, vbi elegantem rationem subiungit Imp. quod coniuncti verbis tantum, ideo re coniunctis sunt potiores, quia propter vnitatem sermonis quasi in vnum corpus redacti cẽsentur. Semper itaque hoc verum est, quod omnes coniuncti siue re & verbis, siue verbis tantum, in permistione præferãtur re tantũ coniunctis, qui & separari dicũtur. *d. l. re coniuncti, heredes*

sine

fine.63.ff.de hered.inst.Baro ad.§.si eadem. Inst. de legat.

Huic tamen assertioni quatuor iuris loca grauiter aduersantur.Primo refragatur *l.si ita quis.66.ff. de here. inst.* vbi testator heredes scripsit hoc modo: *Titius heres esto. Caius & Meuius ex æquis partibus heredes sunto:* ibi deciditur si Męuii portio deficiat,quod illa pars non soli Caio, qui verbis ei coniunctus erat; sed & Titio qui rē tantum coniunctus erat, accrescat. Resp. Regulariter pars vnius ex verbis coniunctis accrescit verbis cōiuncto, excluditurque re coniunctus.*d.l.vnica.§.hæc ita.*Verum aliquando rē cōiunctus cum verbis cōiuncto ęqualiter succedit, vtputa cum apparet re coniunctum cæteris prædilectum esse, vt in prædicto exemplo. Cum etiim testator hic primo Titium ex asse instituerit quam Caium & Męuium verbis coniunctos nominauit,cēsetur singulos voluisse separatim instituere,atque vt celerius scriberet,duos postremos coniunxisse. Vnde deficientis coheredis portio omnibus pro hereditaria parte accrescet,*Alcia.lib.7.Parer.c.9.& ad d. l.Triplici:*

Secundo repugnat *l Mæuio.41.de leg.2.*vbi testator ita scripsit. *l. Mæuio fundi partē dimidiam, Seio partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego:* deciditur ibi, quod deficiente Seio ,qui verbis coniunctus censetur cum Mæuio,portio eius non tantum Mæuio

ſed& Titio re coniunćto accreſcat. Reſp. Hic pars Seii deficientis ideo omnibus accreſcit, quod teſtator in hac formula legati ambiguũ reliquerit, vtrum ne eandem dimidiam, an vero aliam legauerit Seio: itaque omnes tres re coniunćti cenſentur, ac veriſimile eſt duos ſemiſſes factos, & Mæuium cum Seio in eundem ſemiſſem coactum. *d.l.triplici.in fine.Baro.ad d.§.ſi eadem.*

Tertio obſtat *l. pen.ff. de Vſufr.accr.* vbi aperte dicitur, ſi æquis partibus duobus eiuſdem rei vſusfructus legatus eſt, ceſſare inter eos ius accreſcendi. Reſp. Ideo inter eos licet verbis ſunt coniunćti, ceſſat ius accreſcendi, quia à diuerſis hæredibus percipiunt vſumfructum. Sic enim teſtator in teſtamento ſcriptũ reliquit: Lego Titio ab herede Sempronio, & ab herede Cornelio lego Mæuio vſumfructum fundi, æquis portionibus: hoc caſu quando à pluribus diuerſis heredib⁹ relinquuntur partes vſusfructus, ceſſat ius accreſcendi? quia non habentur hi fructuarii pro coniunćtis.

Quarto obiicitur *l.1.§.1.ff.d.tit.* vbi dicitur, ſi ſeparatim ſit vnicuique partis rei relićtus vſusfructus, ceſſare ius accreſcendi. Reſp. Acc. quod ideo ceſſet inter eos ius accreſcendi, quia ea verba ita ſunt accipienda, ac ſi dićtum eſſet, *Huic dimidiam, illi alteram dimidiam vſusfructus lego*, ita vt diuerſæ plane res illis ſint relićtæ. Atqui inter coniunćtos, quibus res plane

plane diuersę sunt relictę, cessatius accrescẽdi tam in proprietate; quam in vsufructu: *l. huiusmodi.84.§.quibus, de leg.*1. vbi dicitur, si testator ita legauit, *Titio & Meuio singulos seruos lego*. vel, *Titio seruum lego, Meuio alterum seruum lego*; non concursuros eos in eundem seruum.

ASSERTIO LXVI.

Impossibilis conditio vitiat contractus: testamentis vero adiecta pro nulla habetur, salua manente institutione vel legato.

RAtio diuersitatis inter contractus & vltimas voluntates est, quod ideo impossibilis conditio adiecta vitiet contractus, quia imputandum est stipulanti seu contrahenti, qui hoc modo stipulatus est. Praeterea cum contrahentes adiiciunt contractui conditionem, quam vterque scit impossibilem, aperte ludificari, nõ vero quicquam agere voluisse censentur, *l. non solum. ff. de obl. & act.* In testamentis vero conditio impossibilis adiecta ideo pro nulla habetur, salua manẽte dispositione, quod heredi scripto vel legatario id non potest imputari, cum ii testamẽtum nõ faciant, iisque ignorantibus conditiones impossibiles adiiciantur. §. *si impossibilis. Inst. de inut. stip.* §, *impossibilis. Inst. de hered. inst. l.*1. *ff. de cond. inst. l.*3. *ff. de cond. & demon.*

Aduersatur huic doctrinae. §. *vlt. Inst. de lega.* vbi legatum relictum ab herede, sub ea conditione, nisi turpe aut impossibile factũ

aliquod admittat, inutile & pro nullo habetur. Resp. Hæc longe inter se differunt. Legatum simpliciter relictum sub conditione impossibili, valet reiecta conditione: sed cum in pœnâ heredis legatur, nisi turpe aut impossibile aliquid præstet, tale legatum heres soluere non tenetur, ne ideo puniatur, quia non fecit quod facere non potuit, vel non debuit, *Vigl. ad d. § impossibilis.*

Secundo obiicitur *l. si Titius. 16. ff. de cond. inst.* vbi conditio perplexa, quę ita in se reuoluitur, vt exitum non reperiat, pro impossibili habetur; quæ tamen conditio vitiat institutionem heredis, Resp. Ea impossibilitas quæ non est in sola conditione, sed in principali dispositione ad cõditionem relata vitiat quoque testamenta. *Báro ad §. Si impossibilis. Inst. de inut. stip.*

Tertio obstat *l. cum heres. 4. §. 1. ff. de statu lib.* libertas ita relicta est, liber esto, si millies dederis, id est, millies cẽtena millia nummorum, vt interpretatur. *Anto. Augus. li. 2. Emẽda. c. 6.* Hæc conditio pene impossibilis est, & ideo inutilis est libertatis datio, Resp. Ea conditio proprie non est impossibilis. Impossibilis est, cui rerum natura obstat, vtputa. *Si mare ebiberis, si digito cœlum tetigeris.* Illa cõditio proprie dicitur esse in difficili, ei rerum natura non obstat, sed habendi difficultas quædam, ideoque ea conditio suspendit libertatem. *l. continuus. §. illud de V. O.*

Con-

Conditio impoſſibilis nihil ſuſpẽdit, pro nõ ſcripta habetur.

Quarto obiicitur *l.6.ff.de cond.inſt.* vbi dicitur, ſi quis inſtitutus ſit ſub cõditione, ſi intra triduum poſt mortem teſtatoris fecerit monumentum, cum impoſſibile ſit intra triduum monumentum perfici, quod cõditio euaneſcat, quaſi impoſſibilis. Reſp. locus ille ita intelligendus eſt, nõ quod inſtitutio hoc modo facta ſit inutilis, ſed quod tempus in conditione appoſitum pro nihilo habeatur, tantumq; temporis concedetur à iudice, intra quod monumentum perfici poterit. Hoc enim in bonæ fidei contractibus & legatis obtinet, vt ob temporis anguſtiam nõ vitientur, ſed tantum temporis iudicis arbitrio concedatur, intra quod actus perfici poterit. *l.inſulam.58.§.1.ff. loca.* Quod diuerſimode in contractibus ſtricti iuris obtinet, qui propter anguſtiam temporis vitiantur. *l.2.§. qui ita, ff.de eo quod cer.lo. Meno. de arb. iud, lib. 2. cent.5.quæſt.80.*

Vltimo opponitur, quod impoſſibilis cõditio innominatis contractibus adiecta, eos non vitiat. Qui enim dat aliquid, vt fiat impoſſibile, ſiquidem ſciens conditionem impoſſibilem dat, conceditur cõdictionem: ſin autem ignorãs dat, conceditur repetitio dati. Probat hoc *l. 6. C.de cond.ob cau.dat.* vbi dicitur, quod qui ignorãs dedit filiæ liberæ manumittẽdæ cauſa, repetat, Ergo ſi ſciens det,

condicere non poteſt. Idem euincitur ex *l.8. C.d.tit.* vbi datum ab cauſam repeti traditur, ſi cauſa non ſequatur, niſi conditio impoſſibilis ſit adiecta. Sic in *l.5.C. eod.* ſtatuendum, ignoranter aliquid datum militi, vt negotia procuraret, quo caſu datur condictio dati, cũ miles non poſſit eſſe procurator alterius *l. militum, C. de procur.* Adhæc reſpondendũ, quod in hoc propoſito accipiatur conditio pro modo. Conditio impoſſibilis vitiat contractum, veluti, ſi cœlum aſcenderis, ſi mare ebiberis, quia hæc obligatio nũquam exiſtere aut incipere potuit. Quod autem ſub modo datur, hoc ſtatim effectum habet, etiamſi modus non poſſit ſequi, id eſt dominium ex obligatione modali ſtatim transfertur, nec reuocatur propter modum non ſecutum, niſi ab ignorãte datũ ſit. *l. Mæuia. 44. ff. de manu.teſta.* Conditio ſuſpendit obligationem, modus non item *l.cũ ab eo.41.ff. de cont. emp. Addit ad Gl in d.l.8.*

ASSERTIO LXVII.

Filius fideicommiſſo grauatus, vnum tãtum quadrantem detrahere poteſt iure ciuili.

CONfirmatur hęc ſentẽtia per *l. iubemus. C. Ad S.C. Treb.* vbi diſerte ſtatuitur quod rogati reſtituere portionẽ ſuã hereditatis, retẽta quarta ex SC. Trebelliani diſpoſitione, dodrantem reſtituant. Verum cum iure Nouellarum aucta ſit legitima liberorum, permiſſum eſt filiis de hereditate reſtituenda

menda grauatis,portionem legitimam, hoc est, trientem vel semissem pro numero liberorum retinere. Ita expresse decidit *Nouella 39.§.hæc merito.*

Secundum argumentum est ab intelligẽtia humani animi, & cõmuni intellectu depromptum; nimirum, quia quadrãtis appellatio, cum sit pars assis, concipi animo & intellectu nequit, nisi supersit & reliquus maneat ex asse dodrans. Cũ igitur filius pro legitima vnum quadrantem detraxit, non potest præterea alterum Trebellianicæ nomine detrahere, vt integer maneat dodrans fideicommissario.

Tertium argumentum. Lex Falcidia constituit, vt omnino liberum sit dodrãtem bonorũ legatis erogare, & de eo disponere pro suo arbitrio. *l.1.ff.ad l.Falc.* Eodẽ autẽ consilio & fine introducta est Trebellianica portio, quo Falcidia: ne libera testandi facultas vltra dodrãtẽ minuatur. *§.sed quia. Inst.de fidei.her.*

Quartum: Vis, natura & proprietas quartarum hæc est, vt vnius deductio & præceptio impediat & excludat aliam, & altera in alteram imputetur. *l.Papinianus,§.si quis impubes.ff.de inoff.test.* vbi hoc tribus quartarũ speciebus probatur.

Contra hanc thesin adfertur tale argumẽtum: quod quarta legitima debetur iure naturæ, vt filio, altera illi debetur vt extraneo, seu vt instituto heredi, ex SC. Trebelliano.

Quoties autem duplex auxilium ex diuersis causis alicui defertur, vtrumq; locum habet. *arg.l.qui non militabat.§. vlt.ff.de here. inst. l. quoties.91.de R.I.l.tutorem,ff. De his quib. vt indig.* Resp. In legitimam computantur quæcunque capit filius iure hereditario, ex bonis defuncti. Ergo & quarta Trebellianica, quę capitur iure institutionis, computatur in legitimam portionem filio debitam. *l.ex tribus l.quoniam Nouella, C. de inoff. testa.* Item in Trebellianicam computantur omnia, non solum quæ iure institutionis, sed etiam quæ vllo modo mortis causa capiuntur, *l. in quartam.l.acceptis.ff. Ad l.Falc.*

Contraria autem sentẽtia quod filius rogatus restituere hereditatem, possit detrahere legitimam, simulq; quartam Trebellianicam, iure Canonico est prodita & expressa: eaque toto terrarum orbe in scholis & iudiciis est recepta, teste *Guidone Papa quæst. 51*, Vide *Hoto.in ill.quæst.quæst. vlt.* vbi communem Canonistarum sententiam grauiter & erudite impugnat. Sic ergo statuendum est, quod iure ciuili filius rogatus restituere hereditatem, duas quartas non detrahit. *l. quanquam.C.Ad l.Falcid.l.coheredi.§.cum filia.ff.de vulg.subst*; sed iuris Canonici auctoritate retinet. *c.Raynutius. Ex.de testa.* Itaque huius controuersiæ hæc decisio communiter à DD. est approbata; quod si filius iussus est restituere hæreditatem, vt tunc semis hе-

reditatis illi adiudicetur pro vtraque quarta, detrahendo illi legitimæ nomine trientem, & quadrantem Trebellianicæ quartæ vice, expresse testante. Ita in iudiciis quotidie obseruari, notat *Claudius de Battandier. in tractatu de legitima, artic. 13. n. 68.*

ASSERTIO. LXVIII.

Liberi non tenentur simplicem donationem à parentibus sibi factam conferre.

DIfficilis est, & abstrusa quæstio, an simplex donatio à parẽtib. liberis facta, post mortem parentum sit cõferenda, & æqualiter cum reliquis fratrib. diuidenda. Et verior saniorque est sententia, quam etiam vsu fori hodie obtinere notat *Wesẽ in parat. ff. de collat.* quod simplex donatio nõ cõferatur: quæ comprobatur hisce firmissimis rationibus.

Primo, si fiat hæc liberis suis, & in potestate patris constitutis; ideo non cõfertur, quia morte patris demum conualescit donatio *l. 25. C. de dona. int. vi. & vx.* Quæ vero post mortem patris demum acquirunt liberi, ea non coguntur conferre. *l. a patre 10. l. nec emancipati. 15. C. de colla.* Secundo quod si emancipato filio fiat donatio, ideo non confertur; quia eo ipso quod donatio valuit, efficaciter res est alienata, atque ita vt extraneus heres institutus non confert, ita nec filius emancipatus.

Sed in hac quęstione difficilis occurrit antinomia inter *l. filiæ, 18. C. Fami. ercis. & l. si de-*

natione.13.C.de colla. Nam in *l.filia*, aperte decidit ur,quod filia donationem à patre sibi factam,non teneatur fratribus conferre. Contrarium in *l.si donatione*, asseritur, quod filia fundum à patre sibi donatum,cum sororibus cæteris communicare & diuidere teneatur. Verior mihi videtur responsio *Cuiacii lib. Obs.3.c.30.& lib.9.c.*17.tradita, quod in specie *l.filia*,non fuit locus collationi, quia ex testamento successerunt liberi. Cum enim expresse ibi dicatur, si non contrarium patris iudicium probetur,filiam rem sibi donatam à patre debere præcipuam habere, apparet hoc procedere, quoties liberi ex testamento patri succedunt,*l.1.C.de collat.* At in specie *d.l. si donatione*,fuit collationi locus,quia ab intestato fuit successio delata. Verum hodie ex *No.18.* etiam ex testamento inter liberos locum habet collatio.

Secundo vehementer inter se pugnant *l. vt liberis.17.insi.C.de collat.cum l.penul C eo.nam in l.17.* statuitur,ea quæ parẽtes liberis in ipsa emancipatione donãt,conferri. Contra in *l. penul.* statuitur,simplicem donationem factã à patre liberis non venire in collationẽ. Hæc antinomia videtur ita concilianda, quod in *d.l.vt liberis*,non agatur de simplici donatione,sed de donatione,quę fit ob causam,puta quam parentes faciunt liberis tẽpore emancipationis, vt habeant quo se ipsos, liberos, vxorem,suamque familiam honeste alere & tue-

tueri possint. Donationes vero ob causam, quales sunt donatio propter nuptias, & dos, in collationem veniunt, *d. l. vt liberis. & l. filiæ C. eo.* Sed *d. l penult.* agit de simplici puta & propria donatione facta à patre filiis, quæ non confertur. Adde quod in *l. Vt liberis,* Imp. Leo tradat ius vetus, cum dicat, se hoc pro tenore præcedentium legũ statuere. Verũ in *l. penult.* quæ est Iustiniani, statuitur ius nouum, quo derogatur antiquo.

Porro hæc decisio, quod simplex donatio non conferatur inter liberos, cessat duobus casibus. Primo si esset inæqualitas, vt puta quia vnus liberorum accepisset dotem aut donationem propter nuptias, quam conferret, alius vero haberet simplicem donationem: tunc enim hinc inde fit collatio. Secũdo si expresse dixit donator, vt fieret collatio *d. l. penult. l. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. testa.*

Dicitur autem donatio simplex, quando pater bona certa donat filiofam. inter viuos, quemadmodũ talis donatio fit inter extraneos. Item quãdo pater emit fundos filii nomine eique tradidit, censetur simplex donatio. *l filiæ. Fami ercis.* Quando autem pater donat filiofam. bona aliqua, vt ea habeat in peculio, vt puta cum dicit: *Fili tene, do tibi istas res, & separatim administra a rationibus, & bonis meis;* tunc filius non habebit ea præcipua, sed venient in collationem. *l. certum, C.*

Familerc. l. filia. licet. C. de collat. Petr. Iaco. in pract. libel. in integ. restit. in act. resciss. personali.

ASSERTIO LXIX.

Fratrum filii succedunt patruo in capita. non in stirpes.

GRauis est & anceps inter DD. digladiatio, si fratrum filii soli inter se' succedant patruo, an tūc hereditatis diuisio fiat in stirpes, an vero in capita, *Gl. Bart. Cyn. & Angel.* tradunt in stirpes eos succedere. Verum *Azo & Salyc. in Auth. cessante, C. de legit. here.* docent eos in capita succedere, hoc est, hereditatem patrui æqualiter inter se partiri, secundum numerum personarum. per *l. 1. §. interdum, ff. Si pars here. pet. & l. 2. §. hæc hereditas. ff. de su. & legit.* vbi expressis verbis iste casus deciditur; quos sequitur *Zazius in singul. intellect. lib. 1. c. 7. & Hotom. in illust. quæst. quæst. 17.* vbi affirmat, hanc sententiam Galliæ parlamentis esse approbatam. Idem testatur *Guido Papa. quæst. 143.*

Hæc conclusio probatur hoc inuicto argumento, Hereditas inter eos qui pari gradu distant, pariter æqualiterque diuidenda est. *d. §. hæc hereditas.* Cum ergo fratrum filii pari gradu à patruo distent, æqualiter quoque inter se hereditatem distribuent, hoc est, in capita, & secundum numerum personarum.

Verum in contrarium adfertur. *§. si defunctus No. 118.* vbi deciditur, quod fratres & fratrum

trum filii in hereditate patrui succedant in stirpes. Resp. Tunc demum fratrum filii in stirpes succedunt, quando vna cum suis patruis & auunculis ad hereditatem patrui sui vocantur, eo nanque casu fratrum filii beneficio repræsentationis succedũt, cuius repræsentatiõis hic est effectus, vt successio in stirpes diuidatur. *Hotom.d.loco.* Repræsentationis enim iure venire, est in locum ac vicem patris sui intrare, ac eam partẽ accipere, quã pater, si vixisset, habiturus esset, quod est in stirpes succedere. Quod beneficium repræsentationis competit solis fratrum filiis, quãdo vna cũ patruis in successione concurrunt, non quando soli inter se succedunt patruo: quia tunc iure proprio, & ex sua persona, nõ alieno beneficio succedunt. Itaque si soli veniant, in capita diuident hereditatem. Particula enim TVNC, qua Imp. in *d. No.* 118. *versf. sed & ipsis*, vtitur, extremitatem temporis significat *l.4. ff. de cond. & dem.* & præcise restringit successionem in stirpes ad eum casum, quo fratrum filii cum patruis concurrunt, non cum inter se soli succedunt.

Secundo adfertur hoc argumentum: Fratrum filii excludunt patrum defuncti, qui similiter in tertio gradu est. *d. § si defunctus. ℣. illud palam est*, Hoc non fit alia ratione, quam qui repręsentant patrem suum, qui si viueret, patruum defuncti excluderet; quia vno gradu ipsum præcedit. Ideoque filii fratrum

ibi in ſtirpes neceſſario ſuccedunt. Reſp. Hoc fit ideo, quia naturaliter ſucceſſio ab inteſtato magis ad deſcendentes quam ad aſcendẽtes deuoluitur. cum votum hominum ſit, vt poſteris ſeu deſcendentibus potius, quam maioribus, vel iis qui parentum loco ſunt, bona ſua relinquant, *l. nam & ſi. 15. ff. de inoff. teſta.*

Tertio Sonsbechi⁹ ex *d. §. vnde conſequens eſt. No.* 118. tale argumentum adducit: Ibi ſtatuitur, quod ſi defunctus reliquit fratrem ex vno latere iunctum, & fratris ex vtroque latere coniuncti filios, quod hi fratris filii excludant in ſucceſſione patruum ex vno latere coniunctum. Quod fieri non poſſet, niſi illi fratrum filii patrem ſuum repræſentarent: cũ enim frater ex vno latere cõiunctus præcedat eos vno gradu, nõ poſſunt fratrum filii eum à ſucceſſione excludere, niſi iure repræſentationis ſuccedant in locum patris Itaque cum veniant iure repræſentationis, debẽt in ſtirpes, non in capita ſuccedere, alioqui patrẽ non repræſentarent. Reſp. Ideo ibi fratrum filii in ſtirpes ſuccedunt, quia veniunt ad excluſionem patrui ſuperſtitis ex vno latere iũcti, neq; inter ſe ſoli de ſucceſſione contendunt. Præterea idcirco ibi fratrum filii iure repræſentationis ſuccedunt in ſtirpes, quia ex duplici latere ſeu vinculo cognationis attingunt patruum defunctum; frater vero ſuperſtes ex vno tantum latere illi iunctus eſt

cogna-

cognatione: atqui duo vincula magis ligant quam vnum.

Quarto opponit Sonsbechius. §. *caterum si neque fratres. d. No. 118.* vbi asseritur, quod post fratres & fratrum filios reliqui cognati vocabuntur ad successionem in capita, & non in stirpes. Ergo si sint fratrum filii, succedent in stirpes, cum successionem in capita admittat Imp. solum post fratres & fratrũ filios. Resp. Sonsbechius non bona fide recitat textum: nam inscritur in *d. §. caterum,* hæc clausula, *Si non extent fratres & fratrum filii,* sicut diximus, *tunc hereditas diuidetur in capita.* At vero Imp. solum ante constituit, quid iuris esset in successione patruelium, quando vocantur cum propriis patruis vel auunculis ad hereditatem patrui, non vbi inter se soli succedunt. Et hæc sententia, quod patrueles cum inter se soli sunt, succedant patruo in capita, & non in stirpes: post varios conflictus DD. crebrius obtinuit, & in Germania seruatur constitutione Caroli V. Imp. Anno 29. in Comitiis Spirensibus approbata: teste *Mins. cent. 3 Obs. 94. Vide Fachin. 6. controuer. c. 3.*

ASSERTIO LXX.

Donator non tenetur de euictione, nisi ad eam se nominatim obligauerit.

GEneralis & certa iuris regula est, quæ recitatur à Paulo libro 5. senté. tit. 11. quod lucratiuæ rei possessores ab euictionis actione depelluntur: Cum ergo donatio sit titu-

lūs lucratiuus, ſequitur, quod donator euictionis nomine non teneatur, ſed tradendo liberetur, ne liberalitatis ſuæ merito in damnum incidat, niſi illius rei periculum nominatim in ſe receperit. *l. Ariſto. 18. § vlt. ff. de dona. l. 2. C. de euict. l. Iulianus. 131. & vlt. de V. O. Faber ad §. aliæ. Inſt. de dona.* Additur & alia exceptio, niſi ſciens & dolo malo rem alienam donauerit: tunc enim conueniri poteſt de dolo. *d. l. Ariſto. §. vlt. l. ad res donatas. ff. de æd. edic.*

DD. communiter ita diſtinguunt. Aut donatio incipit à promiſſione, aut à traditione. Si promiſſione, tenetur de euictione donator: ſi à traditione, non tenetur, ſed communis illa diſtinctio non ſubſiſtit. Cur enim qui promiſit ſe donaturum grauius duriusue deuincietur quam qui ſtatim rem donauit? *Zoares in addit. ad Gomez. ad tit. de emp. & vend.* Refutatur & hæc diſtinctio ſolide per *d. l. Iulianus. §. vlt.* vbi à præcedenti conuentione incœpit donatio: & tamen textus decidit, non agi illo caſu de euictione, ſed traditione protinus reum liberari.

Obiicitur *l. 1. C. de iu. dot.* vbi ſtatuitur, quod qui rem alienam in dotem dedit, ſi à traditione incœpit, euictionem nō præſtat: Si autem à pactione & promiſſione incœpit, tunc quia non corpus, ſed id quod intereſt donatarii, ſpectatur, euictio præſtatur. Ergo quia donatio hodie nudo pacto & promiſſione perficitur,

citur, tenetur donator de euictione. Resp. Alia est causa donationis, alia dotis: nam dos non liberalitatis causâ datur, sicut donatio, sed propter onera matrimonii. *l. 16. ff. de castr. pecu.* & dos non est causa lucratiua ex parte eius, qui dotem accipit, sed onerosa. *l. ex promissione. 19. ff. de obl, & act.* Itaque non est mirum quod promissor dotis teneatur præstare, vt ea marito frui liceat. At iniquum est, donatorē ex sua liberalitate damnum facere, *l. 50. ff. de re iud.*

Secundo obiicitur. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem facere accipientis; *l. vbi autē. 75. §. vl. de V. O.* Sed donator tenetur ad dandum, Ergo & tenetur transferre dominium: *l. Senatus. §. 1 ff. de mor. cau. dona.* &, per consequens, de euictione tenetur Resp. Imp. ait in *l. si quis argentum. §. sed siquidem C. de dona.* teneri dōatorem res donatas tradere, & quod dicitur donatorem ad dandum teneri, hoc de iis rebus accipiendum est, quas dare, id est, accipientis facere potest; hoc est, de rebus propriis, non alienis.

ASSERTIO LXXI.

Donatio omnium bonorum, certæve illorum partis valet,

COmprobatur hæc assertio ex *l. omnes. §. 1 ff. Quæ in frau. cred.* vbi donatio omniū bonorum inter viuos valida censetur, nisi in fraudem creditorum facta sit. Secundo hanc decisionē expressa constitutio Iustiniani cō-

probat, in *l. si quis argentum. §. sed etsi. C. de dona.* vbi donatio assi bonorum, vel certæ partis efficax est & valida, ita vt totam substantiam donator tradere teneatur.

Verum obiicitur, quod per hanc donationem aufertur donatori libera testamenti factio, quia qui vniuersa bona sua donat, nihil retinet, de quo testari possit. Deinde per pactum efficit aliquem heredem, hereditas autem pactis non potest deferri, *l. 4. C. de inut. stip. l. cum duobus. 52. §. idem respondit. ff. Pro soc.* Resp. Donatori semper aliquid relinquitur, vnde se tueri & testari possit, qui in generali obligatione & alienatione bonorum ea non continentur, quæ verisimile est specialiter quenquam alienaturum non fuisse: vt sunt vestes, supellex, iumenta, mancipia & ministeria necessaria, de quibus moribundus donator disponere potest. *l. obligatione, cum ll. seqq. ff. de pigno.* Secundo qui donat omnia sua bona, tantum præsentia, non futura donare intelligitur: quia vocabulū sua, vel mea, denotat proprietatem, & ad præsens tempus restringitur. *l. si ita, ff. de au. & arg leg.* Quia vero quilibit homo natura præsumitur industrius ad acquirendum, & bona sua labore & cultura in futurum amplificare velle censetur, qui omnia sua bona donat, cum spem habeat futuræ acquisitionis, adhuc aliquid reseruat, de quo pro libito possit disponere & testari. *l. si creditoris. ff. de separa. l. si defunctus. C. Arbit.*

C. *Arbit.tute.* Concluditur itaq;, donationem omnium bonorum inter viuos, quoad præsentia valere, quod futura vero nihil actum censeri, *Hot. in tract. de dona. circa fin. Guid. Pap. consil. 114.* Huic sententiæ subscribit *Ferra. in for. lib. pro dona.* vbi notat vtile consilium esse donatori, vt in vniuersali donatione reseruet sibi aliqua bona, de quibus possit testari. *Præs. Euer. consil. 116. num. 2.* vbi concludit quod donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non valeat: quia qui hoc modo donat, aufert sibi liberam testamenti factionem, cum in hereditate eius nihil inueniatur tempore mortis, & sic nullus eius hereditatem vellet adire. *Auth. ingressi. C. de SS. eccle. Inst. Ad. l. Falcid. in princ.*

Secundo quod asseritur in hac conclusione, in generali donatione bonorum tantum contineri præsentia, non vero futura; contra id adfertur. *l. vlt. C. Quæ res pig. obl.* vbi statuitur, quod obligatione seu oppignoratione bonorum simpliciter facta, continentur etiã bona futura, licet de iis nihil expresse dictum sit. Ergo & in donatione omnium bonorum simpliciter facta, continebuntur quoque bona futura: quia vterq; contract⁹ tum pignus, quam donatio solo cõsensu perficitur. Resp. Diuersa est ratio inter donationem & oppignoratiõem bonorũ: nam ideo futura bona nõ continẽtur in generali donatione bonorum, quia nimis magnum damnum & præiu-

dicium ista interpretatio adferret donatori, quod non est in oppignoratione bonorum, cũ per hoc non plus debeat debitor, licet pro securitate debiti bona sua futura pignori obstringâtur creditori. Ita tradit *Accur. in d. l. vlt.*

ASSERTIO LXXII.

A reis capitalium criminum donationes factę non valent, si condemnatio secuta sit.

PRobatur hæc sentẽtia in *l. post cõtractũ. 15 ff. de dona.* vbi euidenti textu cõprobatur.

Obiicitur *l. aufertur. 46. §. in reatu. ff. de iu. fis. & l. Reo. 41. de solu.* vbi dicitur, quod ei qui in reatu constitutus est, bonorum suorum administratio non aufertur, eique recte soluitur. Resp Aliud est donare, aliud bõa sua administrare. *l. filiusfam. 7. ff. de dõa*, Vnde ex eo, quod bona sua administrare potest reus criminis capitalis, non sequitur, quod possit donare. Neque reus criminis liberam & plenam habet bonorum suorum administrationem. Quod inde colligitur, quod in *d. l. Reo, & d. §. aufertur*, tantum dicatur, debitores palam & bona fide ei soluere posse, vt scilicet habeat sumptus necessarios, vnde se alat reus, nõ vt clam, aut in fraudem fisci, seu pœnæ futuræ causa bona sua donat vel, dissipet.

Secundo obiicitur *l. si aliquis. 7. ff. de mor. cau. dona.* vbi dicitur, donationes factas inter viuos à reis capitalium criminum valere, si stant sine suspicione pœnæ; donationes vero causa mortis, secuto supplicio remoueri vt imper-

imperfectas. Resp. Illa differẽtia inter donationem causa mortis, & donationem inter viuos tantum ibi notatur, quod donationes causa mortis etiam ante crimen capitale factæ reuocantur, exemplo vltimarum voluntatum, quibus comparantur. Nam & testamentũ ante admissum capitale delictum cõfectum, secuta sententia capitali ad nihilum redigitur, *l. 6. §. irritũ. ff. de iniust. rup. irr. l. 8. ff. Qui test. fa. pos.* Donationes vero inter viuos, quæ post contractum crimen capitale factæ sunt, non valent, id est, reuocantur condemnatione secuta, ante vero crimen commissum factæ, valent. Hodie quia ex constitutione Iustiniani bona damnatorum ob delictũ nõ publicantur, *Auth. bona. C. de bon. proscrip.* ideo salua manet iis contrahendi & donandi potestas. *VVesem. in paratit. ad tit. de dona. in fi.*

ASSERTIO LXXIII.

Donatio inofficiosa pro modo legitimæ portionis rescinditur.

DOnatio inofficiosa, per quam liberorũ legitima læditur, pro modo tãtum legitimæ portionis rescinditur à liberis, per querelam inofficiosæ donationis. Idque verum est, siue donatio immodica in liberos, siue in extraneos collata sit. *l. 1. & 2. l. si totas. 5. C. de inoff. dona. tex. rotund. in l. si liqueat. 8. in verb. quod donatũ est, pro ratione quartæ diminuetur. C. eo.* vbi male hæc verba, *pro ratione quartæ,* expungenda notat *Faber lib. 3. coniect. cap. 17.*

Sed aduersatur vehementer *l. si vnquam C. de reuo. dona.* vbi donatio immodica in extraneum collata, liberis postea susceptis, nō ex parte, sed in totum reuocatur. Hæc antinomia tali distinctione conciliatur. Aut tēpore immodicæ donationis pater nullos omnino habuit liberos; & tunc donatio in totum rescinditur. *d. l. si vnquā* Aut pater habuit liberos; & tunc siue in liberos, siue in extraneos collata fuit donatio, reuocatur tantum pro modo legitimæ, *d. l. si totas.* Ratio diuersitatis est, quia cum pater liberos nō habens extraneis donat, non præsumitur habuisse animum donandi seu alienandi, liberis posteæ superuenientibus: non enim extraneos propriis liberis præsumitur voluisse præferre. *l. cum auus, 102. ff. de cond, & dem. l. generaliter. §. 1. C. de inst. & subst.* Cum vero tempore donationis liberi extant, tunc aperte de animo & voluntate alienandi constat, cessatque in eo coniectura pietas quem satis apparet extraneos liberis voluisse anteferre. Itaq; cum ista donatio rata sit & valida, eatenus tantum rescinditur, vt liberis legitima salua maneat. Hanc distinctionem tradit *Hotomānus* in disputatione de quarta legitima.

Secundo repugnat *l. Titia Seio. 87. §, Imperator de leg. 2.* Cuius facti species talis est: Auia habebat duos nepotes, vni ex his omnia sua bona donauit: rescribit Imp. nepotē alterū reuocare posse donationem pro dimidia

parte

te. Ibi nepos reuocat semissem totius donationis, ergo non rescinditur donatio inofficiosa pro modo legitimæ liberis, debitę. Res. Quod dicitur, donationẽ pro dimidia reuocari, non est intelligẽdum de dimidia totius donationis, sed de dimidia quartæ portionis siue sescũcia, quæ in iure veteri erat legitima portio liberorum. Hanc interpretationem confirmat diserte *l. si mater. C. de inoff. dona.* Approbat *Cuiac. lib. Obs. 5. c. 14. & lib. 20. c. 5.*

ASSERTIO LXXIV.

Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea suscepit liberos, siue libertos, siue cuicunque alii donauit.

CONtrouertitur an constitutio *l. si vnquã, C. de reuoc. dona.* locum habeat in omni donatore, hoc est, siue patronus liberto, siue quiuis alius omnia sua bona extraneo donauit, an ea donatio reuocetur propter superuenientes liberos. Et verior est sententia, quod ad omnes donatores extendatur, siue quis liberto donauerit omnia sua bona, siue extraneo. Idque euidenter sua det ratio legis, quæ nititur hac coniectura voluntatis, quod verisimile non sit patrem donaturum fuisse extraneo, si de liberis cogitasset, quodq; semper in successione proprios liberos extraneis præferre voluerit *l. cum auus. ff. de cond. & dem. l. generaliter. §. cum autem. C. de inst. & substit. l. cum acutissimi. C. de fideicom.*

Sed obiicitur, quod verba legis tantũ de

patrono loquantur, qui liberto donat, vnde de aliis donatorib. non est lex accipiéda, idq; maxime propterea receptũ est, quia specialis quædam ratio obtinet in liberto, vt bona donata non retineat, si patrono superueniãt liberi, propter summũ libertatis beneficium, collatũ, quo libert⁹ obstrictus est ad antidora erga patronum. Nã etsi nihil in bonis haberet patronus, teneretur tamen libertus eũ & eius liberos ex bonis suis alere *l. si quis à liberis.§ solet. & §. vtrũ. ff. de agnos. libe.* Resp. Hęc quidẽ vera sunt in persona liberti, quod facilius ab eo reuocanda sit donatio, quã ab alio: sed tamen principalis & præcipua ratio, qua nititur decisio *d. l. si vnquam*, consistit in coniectura paternæ pietatis, quod verisimile sit, patrem extraneos noluisse propriæ soboli præferre; neque probabile est, cum si de liberis cogitasset, extraneis donaturum fuisse. Hæc ratio valet in omnibus donatoribus; ergo & idem ius statuendum est. Sic enim & eadem æquitate Papinianus respondit, euanescere substitutionem à patre filio factã in restituendo fideicommisso, si filio nascantur nepotes: quod verisimile non sit, testatorem cogitasse de nepotibus, cum filio extraneos substitueret, & quod alienas successiones propriis non voluisse anteponere præsumatur, vt dicitur in *d. l. cum acutissimi.* Hæc sententia communi interpretũ opinioni comprobatur: proinde ab ea in iudicãdo & consulẽ-
do

do non eſt recedendum. A qua tamen diſceſſerunt ex veteribus Azo, ex recentioribus *Coraſius lib. 7. Miſc. c. 30. Connan. lib. 5. Com. c. 10. Donel. & Hotom. ad d. l. ſi vnquam.* Communem opinionem defendunt ex Neotericis *Cuiac. lib. Obſ. 20. cap. 5. Fachin. lib. 3. contro. iur. cap. 85.*

ASSERTIO LXXV.

Donatio inter coniuges morte donantis confirmatur, etiamſi ſtipulatione ſit peracta, & res nõdum tradita.

DOnatio inter coniuges, conſtante matrimonio, non valet; ſed tãtum morte & ſilentio donantis cõfirmatur. Ratio eſt, quia eſt ſpecies quædam donationis cauſa mortis, vtpote quæ morte confirmatur: & dominiũ vere poſt mortẽ transfert. *l. cum hic ſtatus 32. ff. de don. int. vi. & vx.* Probat hanc deciſionem aperte *No 62. in princ.* vbi dicitur, etiam ſi traditio non ſit ſecuta, tamẽ donatio inter coniuges facta morte mariti confirmatur, ſi modo ſtipulatio interuenit. Idem confirmat *l. ſi ſtipulata 33. in princ. & d. l. cum hic ſtatus. §. 1* vbi dicitur, donationes inter virum & vxorẽ præmortuo donatore confirmari, vt & ipſo iure fiant res eius cui donatæ ſunt, & obligatio ſit ciuilis. Quod poſtremum de ſtipulatione adhibita intelligendum eſt. Pugnant enim, rem alicuius fieri, & obligationem naſci *l. 3. ff. de obl. & act.*

Obiicitur *l. Papinianus. ff. de don. int. vi. &*

& 2. Inst. de donat Alcia. in l. si pacto quo pœnã. nu. 2. & 3. C. de pact.

ASSERTIO LXXVI.

Ius venandi feras cuiq; iure gentium permittitur.

VEnari & accupari tã in solo publico quã priuato, tam in proprio quã alieno fundo, item piscari in flumine publico cuilibet est permissum. Hic enim modus acquirendi dominii omnium vestutissimus, scilicet occupatio ferarum, iure naturali est introductus, in quo hæc regula valet; Quod omnia animalia, quæ cœlo, terra, mariq; capiuntur, id est, feræ. bestiæ, volucres & pisces, capientium fiunt, *l. ff. de acqu. rer. dom. §. feræ, Inst. de rer. diui.* Nec interest, siue in suo fundo, siue in alieno quis venetur vel aucupetur, nam vtroque casu, quod quisque venando vel aucupando capit, id ipsius proprium efficitur, *d. § feræ l. 3. ff. de acq. re. do.* Hanc sententiam probant *VVesem. in d. § feræ, & in parat. de acq. re. do. num. 7. Couarru. in cap. peccatum. par. 2. § 8. num. 5. Costal. ad l. 16. ff de seru rust. præd.* A quibus dissentit *Cuiac: lib. 4. Obs. cap. 2.* vbi decidit feras, postquam dominus alium prohibuit fundum suum ingredi venandi gratia, non fieri capientis, per *l. in laqueum. 55. de acq. rer. do.*

Obiicitur, quod qui alienum agrũ ingreditur, venãdi gratia, potest à domino, si is preuiderit, prohiberi. *l. Diuus. ff. de ser. rust. præd. d. §. feræ.* additurq;, non licere inuitis dominis in alienis prædiis venari. Ergo non vi-

detur, quod qui cepit feram in alieno agro, eam suam faciat. Resp. Potest quidem ingrediens venandi gratia alienum fundũ à domino prohiberi, teneturque ingrediens contra voluntatem domini actione in factum, vel iniuriarum, sed nihilominus captam auem vel bestiam suam facit, quia nõ captura ferarum, sed ingressus fundi prohibetur. Iniuriã enim facit, qui inuito domino alienum fundum ingreditur, sed non committit iniuriã qui capit id, quod nec ejus domini est, nec cuiusquam alterius, *d.l.in laqueum.l.iniuriarũ 13.§.vlt.ff.de iniur.Donel.lib.4.com.c.8.*

Secundo obiicitur, quod nouissimo iure Imp. Fredericus prohibuit in *§.si quis rusticus vers.nemo retia. de pace tenen.in Vsib. feud.* ne quis rusticus vel agricola possit venari cum armis, nisi solos apros, lupos, vrsos, leones, & huiusmodi feras nocentes. Resp. Hæc venãdi facultas, quæ olim omnibus ex æquo fuit communis, iure nouissimo nonnihil restricta est, & rusticis venatio interdicta, ne ab ægricultura, vitæ humanæ maxime necessaria nimio venandi studio auocarentur.

ASSERTIO LXXVII.

Præda ab hostibus capta, fit capientis.

PRædæ loco militibus victorib. ea cedunt iure gentiũ, quæ in iusto & legitimo bello capiuntur ab hostibus. §.item ea quæ. *Inst. de rer.diui.l.5.§.vlt.cum ll.seqq.ff. de acqu.rer.dom*, In quo tamẽ acquirendi modo hæc obserua-

ſeruatur diſtinctio, vt mobilia capta ab hoſtibus fiant capientium: immobilia autem, vt agri ex hoſtibus capti, publicentur & fiſco ſeu Principi, qui bellum indixit, applicentur *l. ſi captiuus. 20. 1 ff. de capt. & poſt reuer.*

Sed obiicitur *l. pen. ff. Ad l. Iul. pecu. & l. pen. §. ſimili. C. de dona.* vbi deciditur, etiã res mobiles ex prædatione hoſtium ablatas publicari, & in fiſcum redigi, neque cedere prædę militum. Reſp. Quod dicitur, ſpolia ab hoſtibus capta effici capientium, hoc intelligendum eſt de rebus, quas per excurſiones milites ab hoſtibus diripiunt: hæ enim quibuſcunque occupantibus militibus relinquuntur. Aliud dicendum eſt de præda, quæ in aperto conflictu ſeu exitu belli occupatur: hæc enim ſolet à ducibus belli pro merito cuiuſque inter milites diſtribui: quemadmodum & prædia ab hoſtibus capta, & in publicum redacta, militibus ſæpe pro emerito militiæ labore adſignantur. *L. in agris. 16. ff. de acq. re. do. l. Lucius. 11. ff. de euict. Cuiac. lib. Obſ. 19. c. 8. Weſem. ad d. §. item ea quæ.*

ASSERTIO LXXVIII.

Bonæ fidei poſſeſſor naturales & induſtriales fructus conſumtos ſuos facit.

ANceps & in vtramque partem agitata eſt quæſtio, quos fructus bonæ fidei poſſeſſor ſuos faciat. In quo articulo illud indubitatũ eſt, quod induſtriales fructus bonæ fidei poſſeſſor lucretur, propter culturam & ope-

lis lucratiuus, ſequitur, quod donator euictionis nomine non teneatur, ſed tradendo liberetur, ne liberalitatis ſuæ merito in damnum incidat, niſi illius rei periculum nominatim in ſe receperit. *l. Ariſto. 18. § vlt. ff. de dona. l. 2. C. de euict. l. Iulianus. 131. & vlt. de V. O. Faber ad § alia, Inſt. de dona.* Additur & alia exceptio, niſi ſciens & dolo malo rem alienam donauerit: tunc enim conueniri poteſt de dolo. *d. l. Ariſto. §. vlt. l. ad res donatas. ff. de æd. edic.*

DD. communiter ita diſtinguunt. Aut donatio incipit à promiſſione, aut à traditione. Si promiſſione, tenetur de euictione donator: ſi à traditione, non tenetur, ſed communis illa diſtinctio non ſubſiſtit. Cur enim qui promiſit ſe donaturum, grauius duriusue deuincietur quam qui ſtatim rem donauit? *Zoares in addit. ad Gomez. ad tit. de emp. & vend.* Refutatur & hæc diſtinctio ſolide per *d. l. Iulianus. §. vlt.* vbi à præcedenti conuentione incœpit donatio: & tamen textus decidit, non agi illo caſu de euictione, ſed traditione protinus reum liberari.

Obiicitur *l. 1. C. de iu. dot.* vbi ſtatuitur, quod qui rem alienam in dotem dedit, ſi à traditione incœpit, euictionem nõ præſtat: Si autem à pactione & promiſſione incœpit, tunc quia non corpus, ſed id quod intereſt donatarii, ſpectatur, euictio præſtatur. Ergo quia donatio hodie nudo pacto & promiſſione perficitur,

citur, tenetur donator de euictione. Resp. Alia est causa donationis, alia dotis, nam dos non liberalitatis causâ datur, sicut donatio, sed propter onera matrimonii. *l. 16. ff. de castr. pecu.* & dos non est causa lucratiua ex parte eius, qui dotem accipit, sed onerosa. *Lex promissione. 19. ff. de obl, & act.* Itaque non est mirum quod promissor dotis teneatur præstare, vt ea marito frui liceat. At iniquum est, donatorē ex sua liberalitate damnum facere, *l. 50. ff. de re iud.*

Secundo obiicitur. Qui ad dandum tenetur, cogitur rem facere accipientis: *l. vbi autē. 75. §. vl. de V. O.* Sed donator tenetur ad dandum, Ergo & tenetur transferre dominium: *l. Senatus. §. 1 ff. de mor. cau. dona.* &, per consequens, de euictione tenetur Resp. Imp. ait in *l. si quis argentum. § sed siquidem C. de dona.* teneri dōatorem res donatas tradere, & quod dicitur donatorem ad dandum teneri, hoc de iis rebus accipiendum est, quas dare, id est, accipientis facere potest; hoc est, de rebus propriis, non alienis.

ASSERTIO LXXI.

Donatio omnium bonorum, certæve illorum partis valet,

COmprobatur hæc assertio ex *l. omnes. §. 1 ff. Quæ in frau. cred.* vbi donatio omniū bonorum inter viuos valida censetur, nisi in fraudem creditorum facta sit. Secundo hanc decisionē expressa constitutio Iustiniani cō-

probat, in *l. si quis argentum. § sed etsi. C. de dona.* vbi donatio assi bonorum, vel certæ partis efficax est & valida, ita vt totam substantiam donator tradere teneatur.

Verum obiicitur, quod per hanc donationem aufertur donatori libera testamenti factio, quia qui vniuersa bona sua donat, nihil retinet, de quo testari possit. Deinde per pactum efficit aliquem heredem, hereditas autem pactis non potest deferri, *l. 4. C. de inut. stip. l. cum duobus. 52. §. idem respondit. ff. Pro soc.* Resp Donatori semper aliquid relinquitur, vnde se tueri & testari possit, qui in generali obligatione & alienatione bonorum ea non continentur, quæ verisimile est specialiter quenquam alienaturum non fuisse: vt sunt vestes, supellex, iumenta, mancipia & ministeria necessaria, de quibus moribundus donator disponere potest. *l. obligatione, cum ll. seqq. ff. de pigno.* Secundo qui donat omnia sua bona, tantum præsentia, non futura donare intelligitur; quia vocabulũ sua, vel mea, denotat proprietatem, & ad præsens tempus restringitur. *l. si ita, ff. de au. & arg leg.* Quia vero quilibet homo natura præsumitur industrius ad acquirendum, & bona sua labore & cultura in futurum amplificare velle censetur, qui omnia sua bona donat, cum spem habeat futuræ acquisitionis, adhuc aliquid reseruat, de quo pro libito possit disponere & testari. *l. si creditoris. ff. de separa. l si defunctus. C. Arbit.*

C. *Arbit. tute.* Concluditur itaq;, donationem omnium bonorum inter viuos, quoad præsentia valere, quod futura vero nihil actum censeri, *Hot. in tract. de dona circa fin. Guid. Pap. cons.* 114. Huic sententiæ subscribit *Ferra. in for. lib. pro dona.* vbi notat vtile consilium esse donatori, vt in vniuersali donatione reseruet sibi aliqua bona, de quibus possit testari. *Præs. Euer. cons.* 116. *num.* 2. vbi concludit quod donatio omnium bonorum præsentium & futurorum non valeat: quia qui hoc modo donat, aufert sibi liberam testamenti factionem, cum in hereditate eius nihil inueniatur tempore mortis, & sic nullus eius hereditatem vellet adire. *Auth. ingressi. C. de SS. eccle. Inst. Ad. l. Falcid. in princ.*

Secundo quod asseritur in hac conclusione, in generali donatione bonorum tantum contineri præsentia, non vero futura; contra id adfertur *l. vlt. C. Quæ res pig obl.* vbi statuitur; quod obligatione seu oppignoratione bonorum simpliciter facta, continentur etiā bona futura, licet de iis nihil expresse dictum sit. Ergo & in donatione omnium bonorum simpliciter facta, continebuntur quoque bona futura: quia vterq; contract⁹ tum pignus, quam donatio solo cōsensu perficitur. Resp. Diuersa est ratio inter donationem & oppignoratiōem bonorū: nam ideo futura bona nō continētur in generali donatione bonorum, quia nimis magnum damnum & præiu-

dicium ista interpretatio adferret donatori, quod non est in oppignoratione bonorum, cũ per hoc nõ plus debeat debitor, licet pro securitate debiti bona sua futura pignori obstringãtur creditori. Ita tradit *Accur. in d. l. vlt.*

ASSERTIO LXXII.

A reis capitalium criminum donationes factę nõ valent, si condemnatio secuta sit.

PRobatur hæc sentẽtia in *l. post cõtractũ. 15 ff. de dona.* vbi euidenti textu cõprobatur.

Obiicitur *l. aufertur. 46. §. in reatu. ff. de iu. fis. & l. Reo. 41. de solu.* vbi dicitur, quod ei qui in reatu constitutus est, bonorum suorum administratio non aufertur, eique recte soluitur. Resp. Aliud est donare, aliud bõa sua administrare. *l. filiusfam. 7. ff. de dõa*, Vnde ex eo, quod bona sua administrare potest reus criminis capitalis, non sequitur, quod possit donare. Neque reus criminis liberam & plenam habet bonorum suorum administrationem. Quod inde colligitur, quod in *d. l. Reo, & d. §. aufertur*, tantum dicatur, debitores palam & bona fide ei soluere posse, vt scilicet habeat sumptus necessarios, vnde se alat reus, nõ vt clam, aut in fraudem fisci, seu pœnæ futuræ causa bona sua donat vel, dissipet.

Secundo obiicitur *l. si aliquis. 7. ff. de mor. cau. dona.* vbi dicitur, donationes factas inter viuos à reis capitalium criminum valere, si stant sine suspicione pœnæ; donationes vero causa mortis, secuto supplicio remoueri vt

imper-

imperfectas. Resp. Illa differẽtia inter donationem causa mortis, & donationem inter viuos tantum ibi notatur, quod donationes causa mortis etiam ante crimen capitale factæ reuocantur, exemplo vltimarum voluntatum, quibus comparantur. Nam & testamentũ ante admissum capitale delictum cõfectum, secuta sententia capitali ad nihilum redigitur. *l. 6. § irritũ. ff. de iniust. rup. irr. l. 8. ff. Qui test. fa. pos.* Donationes vero inter viuos, quæ post contractum crimen capitale factæ sint, non valent, id est, reuocantur condemnatione secuta, ante vero crimen commissum factæ, valent. Hodie quia ex constitutione Iustiniani bona damnatorum ob delictũ nõ publicantur, *Auth. bona. C. de bon. proscrip.* ideo salua manet iis contrahendi & donandi potestas. *VVesem. in paratit. ad tit. de dona. insi.*

ASSERTIO LXXIII.

Donatio inofficiosa pro modo legitimæ portionis rescinditur.

DOnatio inofficiosa, per quam liberorũ legitima læditur, pro modo tãtum legitimæ portionis rescinditur à liberis, per querelam inofficiosæ donationis. Idque verum est, siue donatio immodica in liberos, siue in extraneos collata sit. *l. 1. & 2. l. si totas. 5. C. de inoff. dona. tex. rotund. in l. si liqueat. 8. in verb. quod donatũ est, pro ratione quartæ diminuetur. C. eo.* vbi male hæc verba, *pro ratione quartæ,* expungenda notat *Faber lib. 3. coniect. cap. 17.*

Sed aduersatur vehementer *l. si vnquam C. de reuo. dona.* vbi donatio immodica in extraneum collata, liberis postea susceptis, nõ ex parte, sed in totum reuocatur. Hæc antinomia tali distinctione conciliatur. Aut tẽpore immodicæ donationis pater nullos omnino habuit liberos; & tunc donatio in totum rescinditur. *d. l. si vnquã* Aut pater habuit liberos; & tunc siue in liberos, siue in extraneos collata fuit donatio, reuocatur tantum pro modo legitimæ, *d. l. si totas.* Ratio diuersitatis est, quia cum pater liberos nõ habens extrane s donat, non præsumitur habuisse animum donandi seu alienandi, liberis posteæ superuenientibus: non enim extraneos propriis liberis præsumitur voluisse præferre. *l. cum auus, 102. ff. de cond, & dem. l. generaliter. §. 1. C. de inst. & subst.* Cum vero tempore donationis liberi extant, tunc aperte de animo & voluntate alienandi constat, cessatque in eo coniectura pietas quem satis apparet extraneos liberis voluisse anteferre. Itaq; cum ista donatio rata sit & valida, eatenus tantum rescinditur, vt liberis legitima salua maneat. Hanc distinctionem tradit *Hotomãnus* in disputatione de quarta legitima.

Secundo repugnat *l. Titia Seio. 87. §, Imperator de leg. 2.* Cuius facti species talis est: Auia habebat duos nepotes, vni ex his omnia sua bona donauit: rescribit Imp. nepotẽ alterĩ reuocare posse donationem pro dimidia

parte

te. Ibi nepos reuocat semissem totius donationis, ergo non rescinditur donatio inofficiosa pro modo legitimæ liberis, debitę. Res. Quod dicitur, donationē pro dimidia reuocari, non est intelligēdum de dimidia totius donationis, sed de dimidia quartæ portionis siue sescūcia, quæ in iure veteri erat legitima portio liberorum. Hanc interpretationem confirmat diserte *l. si mater. C. de inoff. dona.* Approbat *Cuiac. lib. Obs. 5. c. 14. & lib. 20. c. 5.*

ASSERTIO LXXIV.

Donatio omnium bonorum reuocatur, si donator postea suscepit liberos, siue libertos, siue cuicunque alii donauit.

COntrouertitur an constitutio *l. si vnquā, C. de reuoc. dona.* locum habeat in omni donatore, hoc est, siue patronus liberto, siue quiuis alius omnia sua bona extraneo donauit, an ea donatio reuocetur propter superuenientes liberos. Et verior est sententia, quod ad omnes donatores extendatur, siue quis liberto donauerit omnia sua bona, siue extraneo. Idque euidenter sua det ratio legis, quæ nititur hac coniectura voluntatis, quod versimile non sit patrem donaturum fuisse extraneo, si de liberis cogitasset, quodq; semper in successione proprios liberos extraneis præferre voluerit *l. cum auus. ff. de cond. & dem. l. generaliter. §. cum autem. C. de inst. & substit. l. cum acutissimi. C. de fideicom.*

Sed obiicitur, quod verba legis tantū de

patrono loquantur,qui liberto donat, vnde de aliis donatorib.non est lex accipiéda,idq; maxime propterea receptũ est, quia specialis quædam ratio obtinet in liberto,vt bona donata non retineat,si patrono superueniãt liberi, propter summũ libertatis beneficium, collatũ,quo libert⁹ obstrictus est ad antidora erga patronum. Nã etsi nihil in bonis haberet patronus,teneretur tamen libertus eũ & eius liberos ex bonis suis alere. *l. si quis à liberis.§ solet.&§.vtrũ.ff.de agnos.libe.* Resp. Hęc quidé vera sunt in persona liberti,quod facilius ab eo reuocanda sit donatio,quã ab alio: sed tamen principalis & præcipua ratio, qua nititur decisio *d.l.si vnquam*,consistit in coniectura paternæ pietatis, quod verisimile sit, patrem extraneos noluisse propriæ soboli præferre; neque probabile est, eum si de liberis cogitasset,extraneis donaturum fuisse, Hæc ratio valet in omnibus donatoribus, ergo & idem ius statuendum est.Sic enim & eadem æquitate Papinianus respondit, euanescere substitutionem à patre filio factã in restituendo fideicommisso,si filio nascantur nepotes:quod verisimile non sit,testatorem cogitasse de nepotibus, cum filio extraneos substitueret,& quod alienas successiones propriis non voluisse anteponere præsumatur, vt dicitur in *d.l. cum acutissimi*. Hæc sententia communi interpretũ opinioni comprobatur:proinde ab ea in iudicãdo & consulé-

do

do non est recedendum. A qua tamen discesserunt ex veteribus Azo, ex recentioribus *Corasius lib.7.Misc.c.30.Connan.lib.5. Com.c.10. Donel.& Hotom.ad d.l.si vnquam.* Communem opinionem defendunt ex Neotericis *Cuiac.lib.Obs.20.cap.5.Fachin.lib.3.contro.iur. cap.85.*

ASSERTIO LXXV.

Donatio inter coniuges morte donantis confirmatur, etiamsi stipulatione sit peracta, & res nondum tradita.

DOnatio inter coniuges, constante matrimonio, non valet; sed tãtum morte & silentio donantis cõfirmatur. Ratio est, quia est species quædam donationis causa mortis, vtpote quæ morte confirmatur: & dominiũ vere post mortẽ transfert. *l. cum hic status 32.ff.de don.int.vi.& vx.* Probat hanc decisionem aperte *No 62.in princ.* vbi dicitur, etiam si traditio non sit secuta, tamẽ donatio inter coniuges facta morte mariti confirmatur, si modo stipulatio interuenit. Idem confirmat *l.si stipulata 33.in princ.& d.l.cum hic status.§.1* vbi dicitur, donationes inter virum & vxorẽ præmortuo donatore confirmari, vt & ipso iure fiant res eius cui donatæ sunt, & obligatio sit ciuilis. Quod postremum de stipulatione adhibita intelligendum est. Pugnant enim, rem alicuius fieri, & obligationem nasci *l.3.ff.de obl.& act.*

Obiicitur *l.Papinianus.ff.de don.int. vi.&*

& 2.Inst.de donat Alcia.in l.si pacto quo pœnã. nu.2.& 3.C.de pact.

ASSERTIO LXXVI.

Ius venandi feras cuiq; iure gentium permittitur.

VEnari & accupari tã in solo publico quã priuato, tam in proprio quã alieno fundo, item piscari in flumine publico cuilibet est permissum. Hic enim modus acquirendi dominii omnium vestutissimus, scilicet occupatio ferarum, iure naturali est introductus, in quo hæc regula valet; Quod omnia animalia, quæ cœlo, terra, mariq; capiuntur, id est, feræ. bestiæ, volucres & pisces, capientium fiunt, *l.ff.de acqu.rer. dom. §.feræ, Inst. de rer.diui.* Nec interest, siue in suo fundo, siue in alieno quis venetur vel aucupetur, nam vtroque casu, quod quisque venando vel aucupando capit, id ipsius proprium efficitur, *d.§.feræ l.3.ff. de acq.re. do.* Hanc sententiam probant *VVesem.in d.§ feræ, & in parat.de acq. re.do.num,7.Couarru.in cap. peccatum. par. 2. §.8.num. 5. Costal.ad l. 16.ff de seru.rust.præd.* A quibus dissentit *Cuiac:lib.4. Obs.cap.* 2. vbi decidit feras, postquam dominus alium prohibuit fundum suum ingredi venandi gratia, non fieri capientis, per *l.in laqueum.55.de acq.rer.do.*

Obiicitur, quod qui alienum agrũ ingreditur, venãdi gratia, potest à domino, si is præuiderit, prohiberi. *l. Diuus.ff. de ser.rust.præd. d.§.feræ.* additurq;, non licere inuitis dominis in alienis prædiis venari. Ergo non vi-

ſeruatur diſtinctio, vt mobilia capta ab hoſtibus fiant capientium: immobilia autem, vt agri ex hoſtibus capti, publicentur & fiſco ſeu Principi, qui bellum indixit, applicentur *l. ſi captiuus. 20. i ff. de capt. & poſt reuer.*

Sed obiicitur *l. pen. ff. Ad l. Iul. pecu. & l. pen. §. ſimili. C. de dona.* vbi deciditur, etiã res mobiles ex prædatione hoſtium ablatas publicari, & in fiſcum redigi, neque cedere prædę militum. *Reſp.* Quod dicitur, ſpolia ab hoſtibus capta effici capientium, hoc intelligendum eſt de rebus, quas per excurſiones milites ab hoſtibus diripiunt: hæ enim quibuſcunque occupantibus militibus relinquuntur. Aliud dicendum eſt de præda, quæ in aperto conflictu ſeu exitu belli occupatur: hæc enim ſolet à ducibus belli pro merito cuiuſque inter milites diſtribui: quemadmodum & prædia ab hoſtibus capta, & in publicum redacta, militibus ſæpe pro emerito militiæ labore adſignantur. *l. in agris. 16. ff. de acq. re. do. l. Lucius. 11. ff. de euict. Cuiac. lib. Obſ. 19. c. 8. Weſem. ad d. §. item ea quæ.*

ASSERTIO LXXVIII.

Bonæ fidei poſſeſſor naturales & induſtriales fructus conſumtos ſuos facit.

ANceps & in vtranque partem agitata eſt quæſtio, quos fructus bonæ fidei poſſeſſor ſuos faciat. In quo articulo illud indubitatũ eſt, quod induſtriales fructus bonæ fidei poſſeſſor lucretur, propter cultu ram & ope-

ram ſuam quam impendit, poſtquam ſcilicet eos percepit & conſumſit. §. *ſi quis a non domino Inſt. de rer. diui.* §. *etſi hereditas. Inſt. de off. iud. l. bonæ fidei. 48. ff. de acq. rer. do.* Naturales fructus nullus poſſeſſor ſuos facit, vel lucratur ſola perceptione quoque, ſeu bonæ fidei poſſeſſor lucratur fructus naturales per conſumptionem.

Probatur hoc primo per *d. l. bonæ fidei. & l. 4. §. 2. ff. Fin. reg.* vbi dicitur, quod bonæ fidei poſſeſſor non tantum eos fructos ſuos facit, qui operea & diligentia ſua prouenerunt, ſed omnes. Quod *d. l. 4.* ita declarat & reſtringit, vt non perceptione ſola fructus ſuos faciat, ſed ita demum vt conſumti non condicātur. Secundo probatur hoc euidenter per *l. 4. §. lana. ff. de vſucap.* vbi dicitur, quod lana ouiū, quæ refertur inter fructus naturales, item agni ſint bonæ fidei poſſeſſoris, poſtquam cōſumti ſunt. Quamdiu vero extant, non acquiruntur bonæ fidei poſſeſſori, & poſſunt à domino vendicari: ſed poſtquam ab eo conſumti ſunt, conciliatur & confirmatur dominium fructuum per conſumtionem. Accurate *Goueanus libro 2. Variarum lectio c. 15.*

Obſtat grauiter huic ſententię *l. fructus 45. ff. de vſur.* vbi deciditur, quod marit⁹ fructus naturales perceptos ex re ſibi donata ab vxore non lucratur. Reſp. Ibi maritus nō habuit iuſtum & validum titulum, cum donatio inter virum & vxorem iure non valeat. At vero vt

to vt bonæ fidei possessor lucretur fructus; oportet eum iusto titulo possidere. *Wesem.ad d §.si quis à nõ domino.* Nec obstant illa verba subiecta in *d.l.fructus*, non fit eius, fructus scilicet naturalis, sicut nec cuiuslibet bonę fidei possessoris: quia verba illa, nec cuiuslibet, nõ vniuersaliter sed particulariter & distinctiue sunt accipienda; quasi dicat IC. non eiuslibet bonæ fidei possessoris fiunt fructus naturales sed alicuius, qui scilicet iustum titulum habet: quemadmodum à simili dicitur, *Non cuiuis homini contingit adire Corinthum*, id est, alicui tantum homini.

Sed tamen iterum *d.l.fructus, aduersatur l. pro oneribus.C.de iur.dot.& l.si fructus.C. de dona.inter vi.& vx.* vbi indistinctè traditur, quod omnes fructus tam industriales, quam naturales etiam consumptos à marito sibi donatos vxor reddere teneatur, in quantum facta est locupletior. Resp. Quando prædium donatum est à viro vxori, vel è conuerso, tunc vxor lucratur fructus industriales. *l.de fructibus.17. ff.de don int.vi.& vx.d.l fructus.* Sed si ipsi fructus sunt donati, non valet donatio, & repetuntur, quantum scilicet ipsa est facta locupletior. Ita notat *Accur.ad d.l.de fruct.*

Secundo obiicitur, quod possessor hereditatis, licet sit bonę fidei, tenetur etiã fructus cõsumptos restituere, quatenus ex iis factꝰ est locupletior, *l.20. § fructus.l.sed etsi.25.§.consumpsit,cum.§ seq.l.cum hereditas.56 ff.de pet.hered*

Resp. Hoc ius singulariter introductum est in petitione hereditatis, ex duplici ratione: prima, quia possessor hereditatis caret titulo altera, quia fructus augent hereditatem, tanquam ius vniuersale, & petuntur iure actionis, perinde atque ipsa corpora hereditaria, non iudicis officio, sicut in rei vendicatione fructus restitui petuntur, *l. 1. & 2. C. de pet. here. l. item veniunt. 20. cum ll. seqq. ff. de pet. here. Wesem. d. loco.*

ASSERTIO LXXIX.

Si quis ex aliena materia bona fide nouã speciem fecit, quę ad pristinam materiam reuerti nequit, fit facientis.

SPecificatio est modus acquirendi dominium iure gentium, in quo hęc regula obseruatur: Quod qui ex aliena materia bona fide nouam speciem effecit, quæ ad priorem materiam reuerti nõ potest, hanc sibi acquirit. Veluti si quis ex alieno hordeo coquat cereuisiam, vel ex alienis tabulis faciat nauẽ vel ædificium. *l. 7. §. cum quis ex aliena. l. in omnibus 24. l. sed si ex meis. 26. ff de acq. re. do. §. cum ex aliena. Inst. de rer. diui.* Ratio est, quia forma dat esse rei: sed is qui facit nouam speciem, addidit formam: Ergo cum primus produxit rem in rerum naturam, merito faciẽti debetur dominium. *l. Iulianus. 9. § si quis, ad exhiben.*

Obiicitur huic decisioni hæc regula IC. Quod ex re mea superest, id meum est, e-

ius-

iuſq; vendicandi ius habeo. *l. ſolum. 49. §. ſi quis. ff. ad exhib.* Reſp. Vera eſt iſta regula, eo caſu, quo quis ſciens ex aliena materia fecit nouam ſpeciem, hic non eſt nouę ſpeciei dominus, ſed contra eum ſupereſt materiæ domino ad exhibendum actio. De eo enim aperte loquitur Paulus in *d. § ſi quis.* Vnde aperte eum, qui bona fide nouam ſpeciem fecit, eum ſpeciei dominum futurum. Ita notat *Donel. li. 4. com. iur. ciu. c. 12.* Vel dicendum, quod ex re mea non mutatum ſupereſt, hoc meum eſt, & id vendicare poſſum; quia ad priſtinã cauſam reuerti poteſt. Cum vero noua ſpecies efficitur, quæ non poteſt reduci ad priſtinã materiam, tũc prior res extincta cenſetur, ideoq; à quo eſt ſpecies noua effecta, eius eſt merito ipſa res nouiter facta, *l. mulieris 13 de V. S. l. quid tamen. 10 § 3 ff. Quib. mo. vſusfr. amit.*

Secundo aduerſatur regula iuris, quæ dictat: Neminẽ locupletari debere cum alterius iactura. *l. nam hoc natura. ff. de cond. in de.* Quod videtur hoc caſu fieri: nam is qui fecit nouam ſpeciem, locupletior fit ex re aliena, cum iactura domini materiæ. Reſp. Hoc caſu domino materiæ, conſultum eſt actione in factum, contra eum, qui nouam ſpeciem fecit, qua materiæ ſuæ amiſſæ æſtimationem conſequitur. *l. in rem. 23 §. item quæcunq; ✝. ideoq; in omnibus. ff. de rei vend.*

Poſtremo opponitur *l. Minicius. 61. ff. de*

rei vend. vbi traditur, quod nauis eius ſit, ex cuius materia facta eſt, non autem eius, qui nauem ex alienis tabulis extruxit. Reſp. In ea l refertur ſententia Sabinianorum, qui indiſtincte dominium nouæ ſpeciei addicebant domino materiæ, quæ tamen ſententia non obtinuit. Nam cum Sabiniani dominium nouæ ſpeciei tribuerent domino materiæ, eò quod ſine materia nulla ſpecies effici poſſet: Proculiani vero addicebant ei, qui nouã ſpeciem facit; media ſententia aliorum I C. extitit, qui hoc diſſidium ita compoſuerunt, vt ſi ſpecies reſolui poſſit in priſtinam materiã, eius ſit, cuius fuit materia, vt ſi ex alieno ære facta ſit ſtatua, quę facile reſolui poteſt in ęs. Cõtra nouę ſpeciei dominus ſit, qui fecit, ſi non poſſit ſpecies reſolui in priſtinam materiam. Itaque ſi quis ex alienis tabulis nauem fecit, nauis eius erit, qui fecit, quia nauis in tabulas reſolui non poteſt. *d. l. ſi ex meis.* Eaque ſententia probata eſt à Iuſtiniano in *d.* §. *cum ex aliena.*

ASSERTIO LXXX.

Theſaurus in loco publico vel religioſo inuentus, pro dimidia inuentori, pro dimidia fiſco cedit.

GRauis hic occurrit antinomia. Nãin §. *theſauros. Inſt. de rer. diui.* ſcribit Iuſtinianus, eius eſſe theſaurum, qui eum in ſacro aut religioſo loco inuenit. Contrarium in *l. 3.* §. *vlt. ff. de iu. fiſ.* Diui fratres conſtituunt, videlicet ſi in locis publicis, religioſisve theſauri

repe-

reperiantur, quod media pars fisco vindicetur. Variæ sunt ad hanc obiectionem responsiones: sed mihi maxime placet conciliatio Hotomanni in *d.§.Thesauros,& Charondæ lib.* 1, πειθανῶν qui statuunt, distinguendum esse inter locum sacrum seu religiosum, quod alius locus sit sacer quodammodo priuatus, veluti quem quisque sibi constituit illatione mortui in proprium & familiare sepulchrum, in cuius fundo maiores sui sunt sepulturæ conditi; habebant enim veteres sua familiaria & hereditaria sepulchra *l. 5. & 6. ff. de relig.* Quem thesaurum ibi quis inuenit, sibi vendicare potest, tanquam in suo loco fundoue repertum. Ita accipiendus est *d. §. thesauros.* Diuorum vero fratrum rescriptum de iis locis sacris accipiendum est, in quibus est aliquod ius fisci, & quæ publica authoritate sunt constituta, vt sunt templa & cœmiteria moribus nostris. In his thesaurus pro dimidia fisco cedet, pro altera parte inuentori: eo quod sacrorum seu religiosorum locorum cura ad Principem spectat, *l.1.& vlt.ff. Ne qu. in lo. sacr.* Et hæc distinctio comprobatur nouissimo iure Feudorum, *capite vnic. quæ sint regal. lib. 2. feudo. tit. 56.* vbi dicitur, quæ in locis sacris vel religiosis reperta sunt, quod horum dimidia pars Cæsari cedat.

Assertio LXXXI.

Dominium fine possessione acquiri non potest.

PRobatur hæc thesis in *l. cum res. C de proba. l qui prædium. C de dist. pig.* Ratio propositionis est, quia causa efficiens domini est voluntas transferentis & accipientis; materia, res de qua fit conuentio; forma traditio & apprehensio vacuæ possessionis. *l. 1. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, quod dominium rerum cœpit ex naturali possessione.

Obiicitur *l. quisquis. C. de dona.* vbi rei donatæ dominium transfertur sine traditione, per solam retentionem vsusfructus. Resp. Qui retinet rei donatæ vsumfructum, vi ipsa possessionem, &, per consequens proprietatem tradidisse videtur. Eo ipso enim, quod vsufructuarius esse voluit, videtur ad alium transtulisse possessionem, eumque suo ministerio fecisse possessorem. *l. quod meo. 18. ff. de acq. poss.* &, per consequens dominum: quia qui dominus est, vsufructuarius esse non potest.

Secundo obiicitur, quod rei hereditariæ & legatæ dominium ipso iure transfertur in heredem & legatarium, quamuis eius possessionem nondum sint nacti. *l. à Titio. 64. ff. de furt. l. legatum. 80. de leg. 2.* Resp. Hoc ideo fit, quia iure ciuili & legibus 12. Tab. illud introductum est, vt dominia rei legatæ, & rerum hereditariarũ directo à testatore in heredem & legatarium transeant, vt extrema defun-

ctorum

ctorum iudicia citius ad exitum perducãtur: quamuis possessio defuncti non transeat ad heredem sine corporali apprehensione possessionis. *l. cum heredes 23. ff. de acq. pos.*

Tertio obiicitur *l. si fundum, ff. de fun. dot.* vbi mulier fundũ quem alter bona fide possidebat & prope iam vsuceperat, marito in dotem dedit, quem fundum maritus dicitur posse vendicare. Vnde apparet fundi dotalis dominium ad maritum translatum esse, licet vacua possessio non sit ei tradita, vtpote cum ab alio possessio eius detineretur. Resp. Ibi dominium fundi dotalis non est per traditionem translatum in maritum, sed mulier actionem sibi pro fundo dotali competentẽ transtulisse censetur in maritum: quo facto fundum dotalem tradidisse intelligitur, quia dotis datio habet vim cessionis actionum. Ordinarium nanque & vulgare est, vt mulier nomen vel actionem in dotem det: quod tunc facere intelligitur, cum rem dotalem dare aut tradere non potest. Præterea dicitur etiam mulier rem doti dare, quando promittit vel destinat se doti daturum, licet traditio nondum sit secuta. *l. si rem æstimatam. 14. cum l. seq. ff. de iu. dot. Cont. lib. 1. disp. c. 8.*

Quarto obiicitur *l. commissoriæ, C. de pact. int. emp. & l. 1. C. de dona. sub mo.* vbi dominium sine traditione, vel vacuæ possessionis apprehensione acquiritur: Resp. Non nouũ dominiũ ibi acquiritur, sed vetus, quod au-

te habuerat dominus, retineri fingitur: quia ea lege & cõditione res erat tradita ab initio, vt statim rediret ad dominum conditione commissa.

ASSERTIO LXXXII.

Vnum tantum est genus possessionis, & duo in solidum eiusdem rei possessores esse non possunt.

PRima conclusionis pars confirmatur hisce rationibus. Primo ad possessionem requiritur rei corporalis aprehensio, & tunc dicimur possidere, cum rei corporaliter & naturaliter insistimus, *l.1.ff.de adq.poss.l.nemo C.eod.* Sed hæc corporalis rei detentio penes plures esse nequit: Ergo nec plures eandem rem possidere possunt, hic ciuiliter, ille naturaliter. Secundo id probat *l.3.§.pen. ff. de acq.poss.* vbi dicitur, vnum esse genus possidendi, causas vero seu modos acquirendæ possessionis esse plures. Tertio conuincitur hoc manifeste ex definitione possessionis, quod possessio sit detentio rei corporalis, cũ animo & opinione domini. *Theop.ad tit. Per qu.pers.cuiq.acq.l.1.§.Scæuola.ff. Si quis test. lib.l.si seruus.22.§.1.de nox.act. l.pen. C. de furt. in verb.cogitatione domini.* At dominium penes duos simul esse non potest, &c, per consequens non sunt duæ possessionis species, vna ciuilis, altera naturalis, *l.duo, ff.de preca.* Concludendum igitur, quod ciuilis possessio differat à naturali, non substantia, sed qualitate. Proprie est vnum possessionis genus, in quo

duo concurrunt, animus & factum, puta vt quis rem corporaliter teneat, & animo seu opinione domini possideat. Hæc ciuilis possessio est, quæ ex iusta causa acquirẽdi dominii possidetur & apprehenditur ab eo, qui se dominum credit. ideo ciuilis dicitur; quia iure ciuili maxime defenditur & approbatur. *d l. nemo.* Naturalis possessio, quæ & corporalis dicitur, est, quando quis corporaliter rem tantum detinet, non animo & affectione domini, sed tamen iure aliquo & affectione sibi habendi. *l. stipulatio, §. hac quoq; ff. de ver. obl. l. si eum qui, 26 ff. de dona. int. vi. & vx. Cuiac. in parat. C. de acq. poss. & lib. Obs. 9. cap. 33.* Sic fructuarius & creditor possident naturaliter, quia non possident animo domini, sed alio quodam animo & iure. Sic creditor iure pignoris possidet, non animo & cogitatione domini, *l. cum & sortis, 35. §. vlt. ff. de pig. act.* Hæc naturalis possessio, non proprie & absolute, sed abusiue possessio dicitur. *l. naturaliter, ff. de acqu. poss. l. 2. §. 1. ff. Pro here. Contius lib. 1 dispu. c. 9. Pulchre Hotom. cap. 20. Obseruat. in Pandect.*

Quod attinet ad alteram thesis partem, fuit hic articulus diu multumque agitatus inter Proculianos, & Sabinianos: sed si verum pressius intueamur (Proculianorum sententia, tanquam iuri & rationi magis consentanea, probata) duo eandem rem in solidum possidere non pos-

ſunt. Sabiniani tamen exiſtimarunt, duos in ſolidum vnius rei poſſeſſores ex ſtere poſſe, vt vnus iuſte, alter iniuſte poſſideat. *l. 3. § ex contrario. ff. de adqu. poſſ.* Vt in precario accidit is, qui precario rogauit, & qui precario accepit, vterque poſſidet. *l. & habet §. eum qui, ff. de preca.* Verũ ſicut paria ſunt, aliquid nullum eſſe, aut iniuſtum & vitioſum eſſe: *l. quoties ff. Qui ſatiſ. cog.* ſic & hoc caſu precaria poſſeſſio tanquam iniuſta & vitioſa pro nulla habetur. Nam is qui precario dedit, ab eo, qui precario accepit, poſſeſſionem quandocunque vult auferre poteſt, *l. qui precario, ff. de preca. l. 1. §. vlt. ff. Vti poſſ.* Similiter ergo poſſidere poſſum iuſta ex cauſa animo, tu eandem rem vi aut clam nihilominus tenere potes, ſed iudex meam ſolum poſſeſſionem tuetur. Ego enim ſemper ob id pro poſſeſſore habeor, quia competit mihi interdictum vnde vi, vel de clandeſtina poſſeſſione ad recuperandam poſſeſſionem, & ſic in cõtrouerſia poſſeſſionis ſuperior ſum. *l. ſi quis vi. ff. de acq. poſ.* Vnus igitur tantum poteſt eſſe verus rei dominus, vel poſſeſſor in ſolidum, *l. ſi vt certo. § ſi duobus, ff. Commod.* Poſſeſſio no admittit conſortem in ſolidum, ſicut nec dominium.

Asser-

ASSERTIO LXXXIII.

In amittenda possessione nõ opus est animo & corpore: sed aliquando solo animo, aliquãdo solo corpore amittitur possessio.

NOn sicut ad acquirẽdam possessionem animo & corpore opus est, ita in amittenda possessione vtrunque requiritur. Probatur per *l. 3 § in amittenda. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, solo animo amitti possessionẽ, quãuis corpore retineatur.

Cui tamen obstat *l quemadmodum. ff. de acqu. poss. & l fere, ff. de R. I.* vbi dicitur, quod simul vtrumq; requiratur in amittenda possessione, affectio scilicet & animus, item corpus & factum. Huc referẽda est *l. peregre. 44. § vlt. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, si id, quod corpore alieno possidebam, veluti per colonum aliquis ingressus vi colonum deiecerit, me ignorante, amitto possessionem. Ergo in amittenda possessione nõ requiritur animus, ignorans non habet animũ. Resp. Tria sunt genera possessionum. Quarundam rerum possessionem retinemus solo animo, quarũdam animo nostro & corpore alieno, quarundam animo nostro, & corpore nostro. Primo, veluti saltuum æstiuorum & hybernorum: secundo, vt per corpus serui, coloni, inquilini: tertio, vt res quib. incubamus. Amittitur possessio solo animo, præcipue rerũ quas possidemus solo animo, vt sunt salt⁹ hyberni vel ęstiui, quos certis tantum tẽporib.

corpore nostro detinemus: *l.3.§.saltus, ff. de acqu.poss.* Horum possessionem amittimus solo animo, quia & eorum possessionem solo animo retinemus, licet corpore nostro iis saltibus non incubamus. *l.4.C.de acq.poss.* Interdum & solo corpore amittitur possessio, veluti cum per ministerium alterius possidemus. *d.l.peregre, §.vlt.* Hoc indicat particula FERE. *in d.l.fere, de R.I.* posita, quæ modum acquirendæ & amittendæ possessionis claudicare designat. *Cuiac.ad tit.Inst.de interd. & ad tit.C.de acq.poss.* Hanc sententiam approbat & *Contius lib* 1.*disput.c.*9. vbi asserit, in amittenda possessione satis esse considerare animum, quia cum animo desino possidere, simul & corpore desinam possidere necesse est: quia inuito animo corpus nihil possidere potest, & remoto possidendi animo nulla possessio intelligi poterit, quamuis corpus adhuc sit in fundo: sicut possidere non dicimus eum, cui dormiēti aliquid in manu ponitur, *l.1.§.ff.1.de acq.poss.*

Ioannes antiquus glossator aliter hāc antinomiam conciliat, qui ait, veram quidem esse regulam, quæ dicit, non nisi corpore & animo amitti possessionem, si incipias amissionem à corpore, id'est, si corpore desinas possidere: nam tunc requiritur præterea; vt etiam animo possidere desinas. Sin autem ab animo incipias, ait regulā esse falsam: quia si animo nolis possidere, nō est necesse, vt corpore discedas à possessione ASSER-

Assertio LXXXIV.

Possessio defuncti non transit ad filium sine noua apprehensione.

Filius iuris ciuilis opinione habetur pro domino bonorũ paternorũ, viuo adhuc patre: sed tamen possessor bonorum patris non censetur viuo patre. Ideoque possessio non continuatur morte patris in filium, sed opus est noua apprehensione: & filii si heredes sint, iure scripto ingredientur vacuam possessionem bonorum paternorum, vt notatur in *l. vlt. C. de edi. D. Hadr.* Sin autem possessio occupata sit per alium, habet liberi remedia adipiscendæ possessionis, non autem retinendæ vel recuperandæ: quia non possunt dici retinere possessionem, vel spoliari possessione, quam nunquam habuerũt. *Old. clas. 5. de act. benefic.* Ratio dicendi est, quia possessio est facti, ideo ad eam acquirendam corporali apprehensione opus est. *l. 3. l. quemadmodum, ff. de acq. pos.* Dominium autẽ in iure consistit, & fictione legis nititur. Vnde sicut hereditas, quæ iure potissimum & intellectu constat, sola aditione acquiritur, ita & dominium, quod iure & animo quoq; comprehenditur, sola agnitione & declaratione mẽtis percipitur. Probat hanc sententiam *l. cum here. ff. de acq. poss.* vbi dicitur: Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad heredem transeunt, possessio autẽ non trãsit, nisi naturaliter sit apprehensa.

In contrarium facit *l cum miles, ff. Ex qu. cau maio.* quæ dicit possessionem defuncti cõtinuari in heredem. Resp. Ibi possessio pro vsucapione accipitur, vt lex declarat, cum ait, possessionem etiam hereditate nõ adita impleri & perfici: id est, hæc vsucapio, quæ inchoata est à defuncto, continuatur & transmittitur ipso iure in heredem, sine ipsius apprehensione.

Obiicitur quoque Pauli sententia in *l. 2. §. filium. ff. Pro here.* qui ait, naturalem possessionem, viuo patre, penes filium esse, in re sibi à patre donata, ita vt nec vsucapere possit filius titulo pro herede rem sibi à patre donatam, quasi continuata, non nouo titulo acquisita possessione. Resp. Illa l. loquitur tantum de rebus filio à patre donatis & traditis, quas cũ filius naturaliter semel possidere cœpit in vita patris, pro herede eas nequit vsucapere: propter regulam iuris, quæ dicit, neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse: pro hærede tamen nihilominus cæteras res vsucapere poterit. *Vigl. ad §. sui autem. Inst. de hered. qual. & diff.* Vide de hac propositione *Alciat. lib. 4. Paradox. cap. 15. Coras. lib. 6. Miscel. c. 12.* Huic autem decisioni moribus Galliæ derogatur: nam consuetudo generalis est in tota Gallia, quod *le mort saisit le vif*, id est, quod heres succedat in possessionem defuncti, quod possessione defuncti continuetur in heredẽ, ita vt heres possideat bona defun-

defuncti sine noua apprehensione. *Chassa. in consu. Burgund rub. 7. §. 1.*

ASSERTIO LXXXV.

Regulariter iudicium petitorium cum possessorio cumulari potest.

AGi simul de adipiscenda, vel de recuperanda possessione, & de proprietate potest. Ac si prius actum sit rei vendicatione, ea pendente, nec intermissa. proponi potest interdictum vnde vi. *l. & an eadem. 14. § fi. de exc. rei iud. l. cum fundum, §. vlt. ff. de vi & vi ar. c. pastoralis, Ext. de cau. pos. & prop. Gl. in l. si de vi. ff. de iudic.* Sed an cumulatio petitorii & possessorii in interdicto retinendę possessionis admittatur, maxime dubitatur: vt puta: Cum aliquis rei vendicationem intentasset, quæ possessori minime erat conueniens, resipuit, & interdictum vti possidetis intentauit: quæritur, an admittenda sit eius petitio. Et videbatur prima facie non admittéda, quod intentando rei vendicationem, videatur possessioni renunciasse, cum rei vendicatione non agat qui possidet, sed ea detur cótra possidentem, *l. officium, ff. de rei vend l. vnic. C. de alie. iud. mut. cau.* Itaque agendo rei vendicatione videtur possessionem amisisse, & in aduersarium transtulisse. Non ergo competit pro retinéda possessione interdictum ei, qui amisisse possessionem videbatur. Admittendum tamen ad interdictum vti possidetis, Vlpianus respondit in *l. naturaliter, §. nihil com-*

mune ff. de adqu. poss. Neque dicendum, eum videri renuntiasse possessioni, eo quod cœpit agere rei vendicatione Nam voluit retinere possessionem, sed non sciuit, qua ratione id facere posset. Non est autem æquum ei qui in edenda actione aberrauit, aliam actionem à prætore denegari, *l. habebat. ff. de instit. act.* Hæc igitur est sententia *d. §. nihil commune.* Quod si actor cum non constaret ei se possidere, egit rei vendicatione, ac si non possideret, licebit illi suo iure melius cognito, tantisper dilato illo iudicio, interdicto vti possidetis experiri. *Gouea. li. 1. Var. lect. c. 3. & Cuia. lib. 7. c. 38.*

DD. ita communiter intelligunt §. *nihil commune*, quod admittatur cumulatio petitorii cum interdicto retinendæ, quando diuersæ possessionis respectu intentantur. Vtpura, quando intentans petitorium possidet tantum ciuiliter, seu animo retinet tantum possessionem: aduersarius vero possidet rem corpore. vtputa quod altero absente ingressus sit fundum clandestine: nam tunc potest absens reuersus, qui animo retinuit possessionem ciuilem, intentare iudicium petitorium rei vendicationis, pro recuperanda naturali possessione existente penes aduersarium, *d. l. officium*: & pro ciuili possessione potest eodem iudicio pendente intentare interdictum Vti possidetis, eo quod turbatur facto in ciuili sua possessione, propter istam naturalem,

talem, quam tenet aduersarius; *l. si duo, in princ. ff. Vti poss.* Neque hoc casu vlla contrarietas impedit cumulationẽ petitorii & possessorii retinẽdę *l. clam possidere §. qui ad nundinas; vbi gl. ff. de acq. poss. Oldend. in prælud. clas. 2.*

ASSERTIO LXXXVI.

In sequestrum non transfertur possessio.

SEquester est, apud quem plures eandem rem, de qua controuersia est, deponunt, eo fine, vt tam diu dũ lis durat, custodiatur, & postea victori litis reddatur *l. 6. 7. & 17. ff. depos. l. sequester. 110. de V. S.* Solet enim res de qua controuersia est, litigatorum voluntate tradi sequestro, vt eam seruet ad exitum controuersiæ, & deinde victori restituat. *l. proprie ff. depos. l. si quis. 9 §. Labeo, ff. de dolo.* Quæritur autem, an & quomodo sequester possideat. Et probabilior veriorque mihi videtur sententia, non aliter sequestrum possidere, quam si ea mente fiat sequestratio, vt possessio, de qua existit controuersia, dimittatur. Alias custodia rei tantum ei commissa videtur, *l. interesse. 39 ff. de acqu. poss.* Quod si incertum fuerit, qua mente res sequestro deposita sit, possessio minime in eum translata videbitur.

Obiicitur *l. licet. ff. depos.* vbi dicitur, rei depositę proprietatem penes deponentẽ manere, sed & possessionem, nisi apud sequestrum deposita sit. Resp. Tum demum pos-

ſeſſio tranſit in ſequeſtrum,cum conſtat,partes habuiſſe animum dimittendæ poſſeſſionis,*d.l.inter eſſe*.Nec obſtat *d.l.licet*,quia ibi incertum erat,vter ex litigantib.poſſideret;dicit enim IC.neutri⁹ poſſeſſioni id tépus procedere. Quib.verbis innuit, cum vtraq; pars ſe poſſidere contendit,nec cõſtat aperte quis poſſideat, tũc poſſeſſio transfertur in ſequeſtrum. Alias cum conſtat quempiam ſolum poſſidere, poſſeſſio nõ transfertur in ſequeſtrum. *Coraſ.lib.3.Miſc. cap. 2*. Ratio eſt, quia nemo præſumitur ſuum iactare velle, aut animum dimittendæ poſſeſſionis habere. Vnde in dubio potius propter ſecuritatem litigãtium cuſtodia iudici ſeu ſequeſtro mandata videtur in ſequeſtratione, quam vt poſſeſſio translata dicatur.

ASSERTIO LXXXVII.

Infans abſque auctoritate tutoris poſſeſſionem acquirere non poteſt.

CONfirmatur hæc ſententia *l. 1.§ ff. de acq poſſ.*vbi dicitur, pupillũ ſine tutoris auctoritate poſſidere incipere, ſi modo eius ætatis ſit,vt intellectum capiat.Eandem ſententiam comprobat *l. quamnis 32. §. 1.ff. eod.* vbi dicitur, infantem non aliter quam tutore authore incipere poſſidere Ratio additur in tex.quia infantis iudiciũ ſuppletur tutoris authoritate.alioqui nullius ſenſus eſt infanti accipiendi poſſeſſionem.

Obiicitur *l.3. Cod. de acqu.poſſ.* vbi dicitur, dona-

donatarum rerum infanti, vacuam possessionem corpore acquiri. Resp. Possessio non aliter acquiritur, quam si corpore rem apprehendas, & animum dominantis habeas. Sed infans quamuis verba possit proferre ad acquisitionem possessionis necessaria, non tamen intelligit, neque diiudicare potest, quid sibi velint ea, quæ dicuntur, & ad quem finem res ipsi tradatur. Quod autem dicitur in *d.l.3.* infanti acquiri possessionem, id tantum ad res donatas & traditas referendum est, quarum scilicet vacua possessio infanti de manu in manum traditur. De donatis namque rebus tantum ibi sancit Imp. in quibus tradendis tanta non requiritur obseruatio, quam si ex alio quouis cõtractu, puta emptione, permutatione, aut simili transferenda esset possessio. Rem enim accipiens infans ex donatione, ex sola acceptatione sibi rei donatæ possessionem acquirit. Itaque licet non tam plenus sit in infante animi affectus, qui ad acquirendam possessionem requiritur, corpore tamen rei insistit. *d.l.3. Duare. ad d. l. 1. § 1. Charon. lib. 2. Verisim. c. 6.*

DD. communiter respondent, quod in *d. l.3.* infans possessionem acquisiuit cum auctoritate tutoris: quæ interpretatio omnem quoque contrarietatem componit. Illud denique notandum, quod nouissimo iure constituit Constantius Imp. vt seruus infantis adhibeatur, qui eius nomine rei donatæ pos-

ſeſſionem acquirat. *l. ſi quis 26. C. de dona. Hotom. in diſput. de donat.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Si colonus poſſeſſione deceſſerit, non interpellatur poſſeſſio domini.

FVit inter Proculianos & Sabinianos diſſenſio, vtrũ dominus amittat poſſeſſionem, ſi colonus deſerendę poſſeſſionis cauſa exeat de fundo. Proculiani dicebant, dominum nihilominus animo retinere poſſeſſionem. *l. cum quis. 31. ff. de dolo. l. 3. §. quod ſi ſeruus, ff. de acq. poſſ.* Contrarium ſtatuit Pomponius qui fuit Sabinianus, in *l. ſi colonus 31. ff. de acq. poſſ.* & Sabinum ſequitur Africanus in *l. ſi de eo. 40. §. 1. verſ. aliud exiſtimandum, ff. eo.* Sed Iuſtinianus hanc controuerſiam dirimit in *l. vlt. C. de acqu. poſſ.* & Sabinianorum ſententia reiecta, pronunciat pro Proculianis; quod ſcilicet negligentia & deſertione coloni dominus quæſitam poſſeſſionem nõ amittat. Hodie ergo colono diſcedente ex fundo deſerendæ poſſeſſionis cauſa dominus animo retinet poſſeſſionem. *Borcholt de acq. poſſ. c. 7.* Porro licet poſſeſſio domini non amittatur negligentia coloni, tenetur tamen colonus qui deceſſit de poſſeſſione, domino actione de dolo malo, ſi quid ex eo damni ſenſerit: vt puta ſi ob id arua eius non ſunt proſciſſa, & fructus idoneo tempore non ſunt collecti. *d. l. cum quis, & ibi Cuiac.*

ASSER-

ASSERTIO LXXXIX.

Creditor pignus naturaliter possidet.

CReditor pignus, quod ei à debitore traditum est, possidet naturaliter. *l. cum & fortis, §. vlt. ff. de pig. act. l. per seruum. 37. de acq. re. do. l. 1. § per seruum, ff. de acq. poss.* Ideoque & creditori dabitur interdictum vti possidetis, pro conseruanda possessione pignoris, vt recte colligit Accur. in *l. si duo, §. creditores. ff. Vti poss. Cuiac. consult. 25. Meno. de retin. poss. remed. 3. q. 25.* vbi addit rationem, quia vere possidet creditor, excepta causa vsucapionis. *l. serui. 16 ff. de vsuca.* Vnde etiam creditori competit condictio possessionis ad euocandam possessionem pignoris. *l. si pignore, §. si post. ff. de pig. act.*

Obiicitur *l. sciendum, §. creditor. ff. Qui satisd. cog.* vbi dicitur, quod creditor, qui pignus accepit, possessor nō est, tametsi habeat possessionem sibi traditam. Resp. Creditor possidere videtur quoad quędam, scilicet quoad hoc, vt rei vendicatione & actione ad exhibendum conueniatur. *d. l. serui, & ibi Cuiac.* Item quoad hoc, vt possessio praecedentis possessoris, id est, debitoris, sibi adiicatur. *d. l. serui, in fi.* Item quoad hoc, vt interdicto vti possideris experiri possit. E cōtra quoad quędam, dicitur non possidere, vt quoad vsucapionem. *l. 3. §, per seruum, l. qui pignoris, 26. ff. de acq. poss.* item quoad euitandam satisdationem iudicio sisti. *d. l. sciendum.*

Secundo obiicitur *l.cum notissimi.*§.1.*C. de præscr.30.an.* vbi dicitur, possessionem pignoris apud debitorem esse constitutam. Resp. Hoc ideo ibi statuitur, quia debitor quandocunq; vult, potest offerre debitum, & ita rem habere, & si cerit apud eum pignoris possessio. Præterea si apud debitorem esset possessio, & creditoris seruus surriperet pignus, dominum siue debitorem possessione priuaret: quod tamen non facit. *l. non solum, §. vlt. ff. de vsuca. gl. in d. l. cum notissimi. §. 1.*

ASSERTIO XC.

Missus in possessionem ex primo decreto nō possidet, sed ex secundo decreto missus possidet: & si aduersarius erat domin⁹, missus fit dominus, si minus, præstatur vsucapiendi conditio.

Missio in possessionē ita fieri solet. Si re⁹ citatus non veniat ad iudicium, & contumacia eius accusetur, prætor actori concedit ex primo decreto missionē in possessionem bonorum debitoris, pro debiti quantitate, vel in possessionem rei, quam propriam contendit; & crescente contumacia, Prætor interpōit in actionibus personalibus secundum decretum, in realibus vero declarat actorem esse possessorem. Ex primo decreto missus non possidet, sed est tantum in possessione, id est, custos est potius quam possessor, remque detinet & custodit, donec debitor tædio affectus ad iudicium veniat responsurus, *c. quoniam frequenter. §. vlt. Ext. vt. lit. non con-*

contest. Ex secundo decreto missus vere possidet. Hanc decisionem probant *l.3 §.vlt.ff.de acq.poss.l.si duo, §.creditores.ff.Vti poss.l.si finita, §.Iulianus,& §.si quis autem 9.cum.§.seq.& §. illud quaeritur.18.vers postea quã,ff.de dam. inf. l.cum legatorum.ff.Ex qu.cau.in poss.* Porro missus ex secundo decreto rem, vsucapit, si possessor nõ erat dominus. Quod si erat dominus, secũdum decretum facit missum dominum, sine temporis interuallo. *l.2.ff.Si ex nox.cau.l.5.ff.Com.diu.l.3.§.1.ff.de reb.eo qui sub tute.* Hæc est Accursii sententia in *d.l.si finita,5.si plures*, quæ communiter à DD. probatur, teste *VVesem.in Parat.de dam.inf.per l. 1.ff.de fun.dot.* vbi dicitur, missum in possessionem ex causa damni infecti fieri dominũ. Hæc autem obtinent tantum in personali actione. Nam in realibus possessio tantum contumaci aufertur, salua per longum tempus proprietas quæstione, quæ per secundum decretum absenti non aufertur. *l.2.in fi, vbi gl.Cod.Vbi in rem act.l.si quis emtionis,§.pẽ. Cod.de præscr.30.ann.VVesem.d.loco.*

Obiicitur *l.consentaneum,C.Quom.& quã. iud.& d.l.2.* vbi missus in actione reali ex primo decreto efficitur verus possessor. Resp. cum Accur.in *d.l.consentaneum*, Aut mittitur post litem contestatam in possessionem, & tũc statim efficitur verus possessor. Aut mittitur ante litem contestatam, & tunc non efficitur verus possessor, nisi post lapsum anni.

d.l.si quis emtionis.§.sed etsi quis.

Secundo obiicitur *l. is cui,ff.Vt in poss.lega.* vbi dicitur, in possessionem missum nunquã pro domino esse incipere. Resp. Hoc verum est in misso ex primo decreto.ex secundo tamen decreto missus fit dominus. *d.l.si finita.§.si quis autem, l. 5.ff. Com. diu. l. 1.ff. de fun. dot.*

ASSERTIO XCI.

Ita demum per procuratorem domino acquiritur possessio, si & dominus velit, & procurator habuerit animum domino acquirendi.

PEr liberam personã, quæ nostro iuri subiecta non est, cæteræ res nobis acquiri nõ possunt: possessio tantum acquiri potest,& ex possessione dominium. *l.1.C. Per.qu.pers.no. acq.l.1. & l.per procuratorẽ, C.de acq.poss.* Sed non nisi volente domino acquiritur, *l.ea quæ 53.ff.de acq.re.do.* Ideo enim per procuratorem possessio acquiritur,quia primo per eum voluimus acquirere, dum ei, mandauimus vt nobis rem gereret, Est.n.procurator, qui mandato domini negotia eius administrat. *l. 1.ff.de procur.* Ideoque si absit mandatum, & aliquis nostro nomine ingressus sit possessionem,non aliter nobis acquirit possessionem, quam si ratum habuerimus, *l.communis,42.§ 1.ff de acq.poss.l.si ego.24.ff.de neg.gest.*

Obiicitur *l.possessio,49.§.vlt.ff. de acqu. poss.* vbi dicitur,possessionem etiam per procuratorem domino ignoranti quæri. Resp. Procura-

curator acquirit domino, etiãsi ignoret dominus quid emerit,& domini nomine acceperit. Sed quæcunq; est hæc ignorantia, tamẽ nunquam acquiret domino nisi volenti. Nã siue specialis sit procurator, cui dominus mãdauit de re certa, siue generalis, cui generaliter mãdatum est, vt domini negotia gereret, iam ab initio dominus hac mẽte fuit, vt vellet, quicquid procurator domino gereret, id domino acquireret.

Ita demum autem nobis per procuratorẽ possessio quęritur, si ea mente sit procurator, vt velit nobis operam suam accommodare. Sin autem procurator suo nomine nãciscatur possessionem, non dicitur nobis per eum quæsita possessio, *l. 1. §. per procuratorem. ff. de acq. poss.* Ad acquirendam enim possessionẽ necessaria est voluntas procuratoris.

Sed huic sentẽtię grauiter aduersatur *l. qui mihi, 13. ff. de do.* vbi dicitur, quod si quis tradidit quid procuratori meo, vt mihi acquireret, & procurator accepit, vt suũ faceret, nihilominus mihi acquiri. Vnde colligitur, in translatione possessionis non esse opus volũtatę procuratoris. Resp. Regulariter per procuratorem non aliter nobis acquiritur possessio, nisi & ipse velit nobis acquirere. *l. 1. §. hæc quæ de seruis, ff. de acq. poss.* Sed hoc non procedit, quando ille, qui tradit, hoc agit, vt nobis acquiratur: quo casu malignitas procuratoris domino non nocet. Ita est accipi-

enda *d.l.qui mihi.* vt notat Accur. *in d.* §. *Hæc quæ de seruis.*

ASSERTIO XCII.

Procurator venditoris, si domino mortuo, ignorans eum mortuum esse, in vacuam possessionē emtorem induxit, possessionem transfert.

TRaditur hæc decisio aperte in *l. fundi 33. ff. de acq. pos.* vbi ita distinguitur. Aut procurator qui ex domini mandato fundū venditum tradidit emtori, ignorauit dominum esse mortuum, & eo casu recte in emtorem possessionem transtulisse censetur; nam ex iusto errore emtor voluntate domini possessionem accepisse intelligitur. Aut procurator sciuit dominium decessisse, & eo casu nō recte transfert possessionem, quia mala fide rem gessit, quod factum eius venditoris heredibus nocere non debet.

Sed vehemēter refragatur *l. eius, vers. quas vero, ff. Si cer. pet.* vbi diserte negat Africanus, eum cui dominus mandauit, vt quid suum traderet, mortuo domino, tradentē id transferre, quamuis mortuum dominum esse ignoret. Respon. Regulariter procurator cui quid mandatum est à domino, vt traderet, si id mortuo domino tradat, non alienat, quātumuis ignoret dominū decessisse, quia generaliter mandatum morte domini mandātis finitur. *§. recte, Inst. Manda.* Attamen si procurator constitutus erat ad id, ad quod constituens cogi poterat, vt puta si venditor

manda-

mandauit procuratori, vt rem à se venditam tradat emtori, hoc mandatum morte mandantis non dissoluitur. *d.l.fundi, vbi Alex. Castren. & communiter DD.* hanc notant regulam, quod licet mandatum expiret morte mandatoris, tamen quando mandatur executio necessaria alicuius actus principalis, nó expirat mandatum. Possessio itaq; recte traditur à mandatario ignorante mortem mandantis, non tamen dominium ad exemplum eius procuratoris; qui expressam mandati reuocationem ignorans, bona fide rem tradidit: transfert enim is possessionem. *l.mandatum distrahentorum, 57.ff. Manda.* Dominium autem nusquam transfertur à procuratore, cuius mãdatum reuocatum est, etiamsi ipse bona fide rem tradidit, minime certus de sua reuocatione. *tex.in d.l.eius, §. quas vero.* Optimus text. in *l. Papinianus, ff. de Publ. act. & in l.2.§. Sed si quis, §. de dona. Cou.c.11.pra. quæst.* vbi tamen contra communem disputat. De hac quæstione, an & quando mãdatum morte mandantis finiatur, plene & solide tractat *Bart.in d.l.2.§.sed si quis.* vbi per decem oppositiones hanc quæstionem examinat & dissoluit.

Secundo ei, quod dicitur in *d.l.fundi*, mãdatum defuncti posse reuocari per heredes, neque posse procuratorem, mortuo domino inuitis heredibus, possessionem tradere, aduersatur. *l.si ego 9.§.si res, ff. de iu. dot.* vbi cum

defunctus iussisset aut destinasset dotem dari puellæ alicui, cum nupta esset, & post mortẽ defuncti donatoris nuptiæ sequantur, nõ possunt heredes donãtis hanc donationem, seu hoc mandatũ donandi reuocare, cũ tamẽ alias mors donantis interueniens ante traditionẽ impediat donationẽ *d.l.2.§.sed si quis.* Resp. Hoc speciale est fauore dotis & matrimonii, vt res quas defunctus iusserat dotis esse, etiã nuptiis secũtis post mortem dotantis, in dote maneant, atq; vt heres cogatur eã donationem implere, licet dotãs ante traditionem rei dotalis, vel ante nuptias mortuus sit, idq; benigne receptum est, ne mulier maneat indotata. Nam & hæc fuit mens dantis, vt quandoq; nuptiis secutis, res dotis fierẽt. Traditur ergo casus singularis in *d.* §. *si res,* quo mãdatũ morte mandantis non soluitur; cum videlicet quis dedit procuratori mandatum soluendi vel donãdi dotem de patrimonio suo, tunc enim morte mandantis nõ finitur mandatum, & poterit etiam procutor post mortem domini soluere, quem textum ad omnem piam causam extendit *Baldus in l.mandatum. C. Mandat. Addit. ad Decium in l 3. de R.I. in fine.*

Assertio XCIII.

Nulla possessio nisi animo & corpore acquiritur.

ADipiscimur possessionem corpore & animo, neq; per se animo, aut per se corpore. *l.3. in prin. & l. quemadmodum. ff. de acq. pos.*

pos. His verbis ostendit IC. duo necessario ad acquirendam possessionem requiri, corpus scilicet & animum. Solum corpus nō sufficit ad acquirendam possessionem. Animo quoque adipisci possessionem non possumus. *l. qui vniuersas, §. quod per colonum ff. de acq. pos.* Sed vtrunque & animum & corpus concurrere oportet, vt rei alicuius possessio acquiratur. Animus credulitatem & persuasionē possidendi certam significat, corpus vero actum aliquem corporeum ad animum accedentem.

Obiicitur primo *l. 3. §. Neratius. ff. de acqu,* vbi tradūt Neratius & Proculus, quod si quis scit thesaurum in suo fundo positum, quod continuo eum possideat, simul atq; possidēdi animum habuerit. Ibi acquiritur possessio affectu possidendi, absq, naturali possessione, hoc est, absque apprehensione thesauri. Igitur possessio aliqua acquiritur sine corpore. Resp. In eo §. proponitur, dissensionem fuisse inter Proculianos & Sabinianos. Proculiani dicebant, continuo me possidere thesaurum, quem in fundo meo, quē possideo, positum scio, simul atque possidendi thesauri animum habuero. Sabiniani vero voluerunt, eum qui fundum detinet & possidet, quamuis sciat in illo fundo thesaurum esse, & affectum possidendi thesauri habeat, non aliter possidere thesaurum, quam si loco eum moueat, & corpore contrectet. Quam Sabi-

nianorum ſententiam tanquam veriorem, Paulus ibi amplectitur, quam & Pāpinianus comprobat in *l. peregre. ff. de acqu. poſſ.* vbi tradit, pecuniam quam alius in meo fundo cuſtodiæ cauſa recondidit, non aliter me poſſidere, quam ſi eius poſſeſſionem ſupra terrā adeptus ſim, hoc eſt, ſi pecuniam apprehenderim, & loco mouerim.

Secundo aduerſatur *l. ſi me in vacuam. 33. ff. de acq. poſſ.* vbi expreſſis verbis dicit IC. animo acquiri poſſeſſionem poſſe. Reſp. In prædicta lege non dicit IC. animo acquiri poſſeſſionem, ſed dicit, ſi animo acquiri poteſt poſſeſſio, quod perinde eſt, ac ſi diceret poſito, non tamen conceſſo, animo acquiri poſſeſſionem: dubitatur an acquiſita poſſeſſio, ſi ego putaui me ire in fundū Cornelianū, cū tu me miſiſſes in poſſeſſionē fundi Semproniani. Et reſpondetur, etiam illo poſito, animo acquiri poſſeſſionē, non tamen mihi acquiſitam poſſeſſionem, quia erraui. Error enim in corpore impedit acquiſitionē poſſeſſionis. Ponit Vlpianus illud, quod falſum eſt, & oſtendit falſo illo poſito, nihilominus poſſeſſionem non fuiſſe acquiſitam, etſi diceremus, poſſeſſionem ſolo animo acquiri poſſe. *Borch. c. 3. de acq. poſ. num. 18.*

Tertio opponitur *l. quarundam. 15. ff. de acq. poſ.* vbi dicitur, quarunidam rerum poſſeſſionem ſolo animo acquri, & additur exemplum, quod ſi vēditus ſit mihi aceruus lignorum

gnorum, & venditor eum me tollere iussit, quod simul atque custodem apposuero, traditus mihi videatur lignorum aceruus. Solo igitur animo absque corpore, id est, absque aliqua lignorum contrectatione acquiritur possessio. Resp. Quod ibi appositio custodis habetur pro corporali quadam traditione lignorum: itaque statim atque custodem apposuero, tradita mihi videtur possessio aceruí lignorum.

Quarto obstat *l. 1. §. si iusserim.* & *l. quod meo 18. § si venditorē. ff. de acq pos.* vbi dicitur, quod id possideam, quod venditorē in domo mea deponere iussi, etiamsi id manu non attigerim. Resp. Ibi traditio facta ab aduersario supplet actum corporalem. Vel potius dicēdum quod aspectu, ibi acquiratur possessio. Dum enim quis iubet rem in conspectu suo deponi, per aspectum, veluti per sensum corporalem, quæritur ei possessio.

ASSERTIO XCIV.

Ex pluribus causis eandē rem possidere possumus, quamuis dominiū non nisi ex vna causa cōtingat.

Regula est, quod ex pluribus causis eandem rem possidere possumus, sed dominium nō nisi ex vna causa nobis contingere potest, quæ tradita extat in *l. 3. §. ex plurimis. ff. de acquir. possess.* & *in l. non vt ex pluribus, 159. de Reg. iur.* Ratio differentiæ est, quia dominium vndecunq; sit, vnum est & quod semel nostrum est, amplius nostrum fieri nō

poteſt.§ *ſic itaque.Inſt.de act.* At poſſidere facti eſt, cúmque poſitum ſit in naturali poſſeſſione nanciſcenda, toties poſſidere videmur, quoties naturalem eius poſſeſſionem nanciſcimur. *arg. l. 3. Nerua. ff. de acq.poſſeſ.* Proinde nihil impedit, quo minus, vt plura ſunt facta, pluresque velut poſſeſſionis temporibus diſcretæ, ita in ſingulis ex noua cauſa poſſideamus Huius rei hic eſt effectus, vt ſi quis in iudicio de poſſeſſione victus ſit ex vna cauſa, non prohibeatur eodem interdicto ſibi defendere poſſeſſionem ex aliis, quia alia res in iudicium deducitur.

Sed videtur obſtare *l. ſi quis ante 10. ff. de acqu.poſſ.* vbi dicitur, quod ſi quis conduxit rem aliquam, deinde eandem precario rogauit, quod per precarium à cõductione receſſum videatur. Vnde colligitur, quod ex pluribus cauſis eandem rem nõ poſſidemus. Reſp. Hoc non ſequitur: nam ex iis cauſis nulla acquiritur poſſeſſio, ſed nuda tantum detentio; quo caſu ſpectamus quod nouiſſime factum eſt. *l. interdum 21.§ fina.de acq.poſ.*

Secundo obiicitur *l 4. C. de cont. emp.* vbi dicitur, titulum poſſeſſionis duplicari non poſſe. Reſp. Verbum poſſeſſionis pro dominio ibi accipitur. Quod itaque dicunt Impp. titulum poſſeſſionis duplicari non poſſe, ita accipiendum eſt, quod titulus ſiue cauſa dominii duplicari non poteſt, & quod qui ex vna cauſa ſeu titulo nactus eſt dominium, nõ

po-

poteſt ex alio titulo ſeu cauſa nanciſci dominium. Hanc eſſe *d l.4.* ſententiam, probat perſpicue ibidem Accurſius. Sic enim & aliis iuris locis poſſeſſio pro dominio frequenter accipitur, in *l.interdum.78.de V.S.l Imperatores.ff. de ſeru.ruſt. præd.l. vxorem.41.§.legauerat,ff.de leg.3.*

ASSERTIO XCV.

Vxor rem donatam à viro poſſidet naturaliter.

NAturaliter poſſidet mulier, cui aliquid, conſtante matrimonio, à viro donatum eſt. Hæc donatio inutilis quidem eſt quoad translationem dominii, ſed tamen ex ea donatione acquiritur vxori naturalis poſſeſſio, cum volente domino rei donatæ corporaliter inſiſtat, & cōpetunt ei interdicta poſſeſſoria pro poſſeſſione rei donatæ cōſequenda & retinenda *l.1.§ ſi vir. l. quod vxor.16.ff. de acqu.poſſ.l.1.§.deijcitur.ff. de vi & vi arm.* Imo ex poſſeſſione coniugis donatarii hoc commodum ad poſſidentem redit, vt fructus ex re donatâ perceptos ſuos faciat: *l fructus 45.ff.de vſur.l.de fructibus.17.ff.de don. int. vi. & vxor.*

Sed obſtat huic aſſertioni *l.inter virum.46. ff.de don.int.vi.& vx.* vbi dicitur, *Inter virum & vxorem nec donatio poſſeſſionis vlla eſt.* Reſp. Loquitur IC. de donatione ipſa, non de poſſeſſionis translatione, & quod aſſeritur, lege prohibitam eſſe inter coniuges donationem hoc ita intelligendum eſt, ſiue alter alteri do-

net possessionem, siue proprietatem. Quia enim lex prohibet generaliter donationem inter coniuges, constante matrimonio, intelligitur prohibita non tantum proprietatis, sed etiam possessionis translatio & donatio. Transfertur tamẽ ex hac causa possessio corporalis & naturalis in mulierem, quia res facti, id est, naturalis possessio, quæ facto & corpore consistit iure ciuili infirmari nõ potest. *d.l.1.§.si vir.ff.de acq.poss.* sed possessio ciuilis ex hac donatione non transfertur: *l. eum qui 26.ff de dona.int.vi.& vx.*

Secundo obstat *l.3.§.sciendum.ff.de dona. int.vir.& vx.* vbi dicitur, irritam esse donationem inter cõiuges, & traditionem non valere. Resp. Traditio hæc effectum iuris non habet; id est; hac traditione dominium non acquiritur.

ASSERTIO XCVI.

Possessio non tantum facti est, sed etiam iuris.

POssessio partim facti est, quaten⁹ in facto corporalis possessionis consistit; partim iuris est, quatenus est in animo, *l. possessio quoque, 49.ff.de acq.poss.* vbi dicitur, etsi naturaliter possessio teneatur à fructuario, tamen ex iure plurimum mutuatur. Ius plerunque accedit possessioni, quæ facti est, id est, accedit approbatio iuris ciuilis. Vnde duplicem statuit Imp. possessionem in *l. nemo. C. de acqu. pos.* aliam quæ iure, aliam quæ corpore consistit, illa natura, hæc dignitate prior. Nam vt

alia,

alia, sic possessionis iura ex facto oriũtur, nec quisquam ante possidet animo, quam facto naturali rem occupauit. *d. l. nemo.* possessio est facti, quia detentio est; id est vsus rei. *l. deniq. ff. ex qu. cau. maior.* & animi, quia affectionem voluntatem & opinionẽ domini desiderat: *l. 1. §. Scæuola. ff. Si quis testa. lib.* Possessio quoque fructuarii, quæ naturalis est, etiam ex iure plurimum mutuari dicitur. *d. l. possessio.* Sed facti magis est, quam, iuris, quia iure domini destituitur, quod ius optimũ maximũq; est.

Obiicitur, quod possessio vsus definitur, vsus autem detentionem significat, quæ factum designat, *l. quæstio. 115. ff. de V. S.* Ergo facti est. Resp. Vsus ibi accipitur pro iure vtendi. Sic possessio quoque ius possessionis appellatur in *l. peregre. ff. de acq. poss. l. non ideo. C. de lib. cau.*

Secundo obiicitur *l. cum heredes. 23. §. 1. ff. de acqu. poss.* vbi dicitur quod captus ab hostibus & reuersus non recuperat possessionem, sed opus sit ei noua apprehensione. Vnde & ciuilis possessio ab eo amittitur: ex quo apparet eam non esse iuris, quia alias animo retineretur. Resp. quamuis in ciuili possessione aliquid est iuris, aliquid tamen est facti quoque. Imo voluntas ipsa facti est, quia concurrente voluntate, possessio iuris subsidio retinetur. Hunc animum captus ab hostibus nõ præsumitur, retinere, vnde & ille animus, qui etiã facti est, non dicitur ei restitui. Quod

autem animum possidendi non habeat, probatur tum ex *l.3.§.si quis nuntiet*, & *l. si id quod 25.§.vlt ff. de acqu. poss.* tum ex eo, quod cum captus ab hostibus ab alio possideatur, ipse nihil amplius possidere intelligitur. Quod si animo & corpore capti non est opus ad retinendā possessionem, vt puta si per subiectas iuri suo personas possidebat, restituitur ei possessio *l. in bello.§.facti, ff. de cap. & post.*; *l. reuer. l. 15. ff. de vsucap.*

ASSERTIO XCVII.

Possessio amittitur rei depositæ contrectatiōe, lucri faciendi causa, non inficiatione sola.

CONtrectatione rei depositę facta animo sibi habendi, & lucri faciendi causa, furtum committitur, & dominus priuatur sua possessione. Aliud dicendum est, si depositarius rem apud se depositam abnegauerit & inficiatus fuerit: tunc enim furtum non facit, neque dominum possessione subuertit. *tex. in l.3.§.si rem ff. de. acqu poss. l. 1. & l. infitiando 67. ff. de furt.* Ratio diuersitatis est, quia ad hoc vt furtum committatur, & domini possessio interuertatur, factum & contrectatio aliqua requiritur. Furtum enim non solo verbo, non scriptura, non animo, sed contrectatione committitur, *l. si quis vxori. 52.§. neq. ff. de furt.*

Sed vehementer obstat huic assertioni *l. si rem mobilem 47. ff. de acq. poss.* vbi dicitur, si rem apud te depositam negare, & tibi possidere

dere constitueris, protinus amitti possessionem. Ergo non est necessaria, vt res deposita loco moueatur, ad hoc, vt amittatur possessio. Resp. In ista lege depositarius non solum constituit rem depositam negare, sed etiam contrectauit, & loco mouit. Quod colligitur ex verbis legis; quæ sic habent. *si. tibi possidere constitueris*; Dum enim dicitur quod sibi possidere constituerit, factum denotat, quod scilicet rem contrectauerit, & loco mouerit. Alioqui enim non poterat sibi possidere, cum ad acquirendam possessionem apprehensione, & corporali facto opus sit *l. 3 in princip. ff. de acquir poss. Zaz. ad d. § si rem.*

ASSERTIO XCVIII.

Qui precario possidet, interdicto vti possidetis experiri potest.

Datur precario possidenti interdictum vti possidetis contra omnes, præterquam contra eum à quo precario accepit, seu precario possidet *l. qui precario. 17. ff. de acq. poss. l. 1. § fina. ff. vti possid.*

Sed obstat *l. cert. 6 § is. qui rogauit, ff. de precar.* vbi dicitur, eum qui precario rogauit, nō possidere. Ergo nec interdictum *Vti possidetis* ei competit. Resp. Quando sic precario res conceditur, vt impetrans possideat, tunc interdicto retinendæ possessionis is experiri potest. Verum in allegata lege contraria tantum precarium concessum est, vt quis precario ad tempus in fundo moretur. Ideoque ei

interdictum, Vti possideris non cõpetit, quia nec ciuiliter nec naturaliter possidet. *Oldendor.clas.4.act.16.in affinibus remed.* Cum ergo nominatim fuit possessio precario concessa, tunc haud dubio acquiritur possessio precario accipenti, *l.& habet 15.§.eum qui.ff.de precar.* vbi inquit Pomponius, *Eum qui precario rogauit, vt sibi possid liceat, nancisc.possess. non est dubium.*

Secundo hic adhuc alia occurrit antinomia. Nam in *l quęcunque 13.§.interdum ; ff.de Publ.act*, dicitur precariam possessionem iustam esse & legitimam. Contrarium asseritur in *l.Pomponius.13.§.cum quis, ff.de acquir.possess.& in l.cum heres.11.ff.de diuer.temp.prescrip.* vbi affirmatur, precariam possessionem esse vitiosam; illaque tria vitia possessionis, quod quis, vi, clam, aut precario possidet, in eodem gradu collocantur. Responderi potest dupliciter: vel quod precario possessio dicitur iniusta, respectu illius, à quo quis precarium accepit. Vel quod verius est quod precaria possessio respectu ciuilis possessionis, quę ad vsucapionem requiritur, vitiosa censeatur: nam ille qui precario possidet, vsucapere non potest, *l.si quis diuturno.10.ff.Si seruit.vend. d.l.cum heres, l.Pomponius, § si is qui. ff.de acq.possess.*

ASSER-

ASSERTIO XCIX.

Pupillus animo desinere possidere non potest, corpore potest.

PVpillus sine tutoris auctoritate possessionem animo amittere nō potest, quia animi iudicio caret, sicut furiosus. *l. Fulcinius 7. § plane. ff. Ex quibus caus. in possess. eat.* Corpore tamē potest desinere possidere sine tutoris auctoritate. *l. possessionem, 29. ff. de acquir. possess.* quia res facti iure ciuili infirmari & conuelli non potest, *l. 1. §. si vir. ff. de acqui. possess.* id est, ius ciuile efficere non potest, vt qui exiuit de fundo, non exierit, Ius ciuile factum infectum efficere non potest. Cæterum corpore per se solo non amittitur possessio.

Sed obstat *l. pupillum. 40. ff. de acq. rer. dom.* vbi dicitur, ne naturalem quidem possessionem pupillum amittere posse, nisi præsente tutore auctore. Res. Quod hic dicitur, intelligēdum est tam de ciuili, quam naturali possessione, hoc modo, vt pupillus neque ciuilem possessionem, quæ iure & animo domini habetur, neque naturalem, quæ alio iure subnixa est, veluti vsusfructus vel pignoris iure animo, amittere possit, sine tutoris auctoritate, corpore saltē ab ea possit discedere; quæ discessio absq; animo in causa amittendæ possessionis nihil efficit, quia possessio absque animo nōn amittitur.

Obiicitur secundo *l. 2. §. si a pupillo, ff. Pro*

empt. vbi qui à pupillo absque auctoritate tutoris bona fide rem alienam emit, cum ignoraret eũ pupillũ esse, vsucapere potest. Resp. Vtilitatis ratione propter iustum errorem id receptum est, vt emptor qui emit rem à pupillo, qui omnium opinione existimabatur esse pubes, vsu capere possit; quia iustus error ad perficiendam vsucapionem nemini nocere debet. *l. quod vulgo, 11. ff. Pro empt.*

ASSERTIO C.

Possessio per colonum, cõmodatarium, & depositariũ, quamuis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.

SI rem tibi commodatam, tu alii existimãti eam rem tuam esse commodaueris, ego qui commodaui, non desino eam possidere, *l. qui vniuersas. 30. §. vlt. ff. de acq. poss.*

Sed obiicitur huic sententiæ *l. si pignore. 54. §. 1. ff. de furt.* quæ lex commodatarium, qui rem commodat alii, furtum facere tradit. Itaque si furtum facere ait, dominũ possessione rei interuertit. Ergo dominus possidere desinit. Resp. Non desinit possidere, quia etsi per eum cui commodauit, nõ possideat, quia fur est, possidet tamen per secundum commodatarium, si ipsi furti conscius non fuerit; puta si putauit, vt non abs re ponitur in *d. §. vlt.* rem fuisse commodantis. Vel potius respondeti potest, quod commodatarius qui inuito domino rem alteri commodat, non tam possessionis, quam vsus furtum facit. *d.*

l. si pi-

l.si pignore.§.1.Cùm enim per commodatum non transferatur possessio,*l.rei commodatæ 8. ff.Commod.*sed vsus tantum; sequitur, quod commodatarius per solum cōmodatum factum inuito domino, faciat quidem furtum ipsius vsus, sed tamen possessionem domini non interuertat.

Secundo statuitur, me retinere possessionem, si colonus meus fundum alii locauerit, quod suo iure, sine vitio facere potest, *l.si id quod,25.§.1.ff.de adquir.poss.l.nemo, 6. C.Loca.* Idemque, si is apud quem rem meam deposui, apud alium rursus eam deposuerit; quod etiam suo iure facere potest, *l.si is apud quem 16.ff.depos.* Quod enim mihi custodiendum datum est, possum iterum alteri custodiendum dare,

Sed obiicitur *l.non solum 33.§.1.ff.de vsucap.* vbi traditur, dominū desinere possidere si depositarius vel commodatarius rem alii tradiderit, Resp, Ibi commodatarius vel depositarius ex causa habili & idonea ad translationem dominii alteri rem tradidit, puta ex emtione vel donatione, quo casu interuertit possessionem domini. At si rem alii commodauerit putans rem eius esse, vel si deposuerit apud alium; vel si alii locauerit, putās rē eius esse, non desinit dominus possidere. *Gl.& Bart.in d.l.qui vniuersas.§.vlt.*

empt. vbi qui á pupillo absque auctoritate tutoris bona fide rem alienam emit, cum ignoraret eũ pupillũ esse, vsucapere potest. Resp. Vtilitatis ratione propter iustum errorem id receptum est, vt emptor qui emit rem à pupillo, qui omnium opinione existimabatur esse pubes, vsu capere possit; quia iustus error ad perficiendam vsucapionem nemini nocere debet. *l. quod vulgo, 11. ff. Pro empt.*

ASSERTIO C.

Possessio per colonum, cõmodatarium, & depositariũ, quamuis alteri locet, commodet, vel deponat, retinetur.

SI rem tibi commodatam, tu alii existimãti eam rem tuam esse commodaueris, ego qui commodaui, non desino eam possidere, *l. qui vniuersas. 30. §. vlt. ff. de acq poss.*

Sed obiicitur huic sententiæ *l. si pignore. 54 §. 1. ĵ. de furt.* quæ lex commodatarium, qui rem commodat alii, furtum facere tradit. Itaque si furtum facere ait dominũ possessione rei interuertit. Ergo dominus possidere desinit. Resp. Non desinit possidere, quia etsi per eum cui commodauit, nõ possideat, quia fur est possidet tamen per secundum commodatarium, si ipsi furti conscius non fuerit; puta si putauit, vt non abs re ponitur in *d. §. vlt.* rem fuisse commodantis. Vel potius responderi potest, quod commodatarius qui inuito domino rem alteri commodat, non tam possessionis, quam vsus furtum facit. *d.*

l. si pi-

l.si pignore.§.1.Cùm enim per commodatum non transferatur possessio,*l.rei commodatæ 8. ff.Commod.*sed vsus tantum;sequitur, quod commodatarius per solum cōmodatum factum inuito domino, faciat quidem furtum ipsius vsus, sed tamen possessionem domini non interuertat.

Secundo statuitur, me retinere possessionem, si colonus meus fundum alii locauerit, quod suo iure, sine vitio facere potest, *l. si id quod, 25.§.1.ff.de adquir.poss.l.nemo, 6. C. Loca.* Idemque, si is apud quem rem meam deposui, apud alium rursus eam deposuerit; quod etiam suo iure facere potest, *l.si is apud quem 16.ff.depos.* Quod enim mihi custodiendum datum est, possum iterum alteri custodiendum dare,

Sed obiicitur *l.non solum 33.§.1.ff. de vsucap.* vbi traditur, dominū desinere possidere si depositarius vel commodatarius rem alii tradiderit, Resp, Ibi commodatarius vel depositarius ex causa habili & idonea ad translationem dominii alteri rem tradidit, puta ex emtione vel donatione, quo casu interuertit possessionem domini. At si rem alii commodauerit putans rem eius esse, vel si deposuerit apud alium; vel si alii locauerit, putās rē eius esse, non desinit dominus possidere. *Gl.& Bart.in d.l.qui vniuersas.§.vlt.*



CENTVRIÆ QVARTÆ ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ

Assertio I.

Duo in solidum eandem rem possidere non possunt.

HÆc thesis late & copiose satis confirmata est *Centur. 3. §. Assert. 82.* Et conuincitur porro hoc necessario argumento, quod possidere est vacuam rei possessionem apprehendere, *arg. l. 3. in princ. ff. de act. emp.* Quod quia à duobus in solidum fieri non potest, cum si vnus semel rem apprehenderit, non potest alius absolute & solide eandem rem occupare, nisi alter possidere desierit. *l. certe, §. 1. ff. de precar. l. 3. §. ex contrario, l. clam, §. qui ad nundinas. ff. de acq. poss.* sequitur, duos in solidum, eiusdem rei possessores esse non posse.

Obiicitur *l. si finita, §. si plures, ff. de dam. inf.* vbi dicitur, si plures Prætor mittat in possessionem damni infecti nomine, singulos possidere. Resp. Possident quidem singuli, sed non in solidum, quia cõcursu partes faciunt. Hoc autem Prætor recte facit in iis quos ipse posses-

possessores facit, quos ipse mittit in possessionem. At cum interdicto Vti possidetis inter duos incidit cõtrouersia de possessione, Prætor hoc facere non potest, quia litigatores ad Prætorẽ veniunt hoc animo, vt alterutrius possessio declaretur esse iusta, in eaque ab aduersario non turbetur.

Secundo obiicitur *l. si duo. ff. Vti possid.* vbi dicitur, duos in solidum eandem rem possidere. Resp Duo quidem in solidũ possident, sed diuerso respectu; Vnus ciuiliter & ex iusta causa; alius iniuste, putà vi, clam, aut precario Sed tamen quod ad summam, hoc est, perfectionem possessionis attinet, duo non possunt eãdem rem in solidum possidere, id est, non possunt perfecte & absolute possidere. Nam ille demum possidet, qui vacuã rei possessionem apprehendit. Itaque qui, vi, clam aut precario possident, item vsufructuarius creditor qui rem pignori accepit, naturaliter quidem possident, sed tamen perfecte non possident, quia vacuam rei possessionem nõ apprehenderunt, *l. clam §. vlt. ff. de acq. poss. l. & habet, §. eum qui. ff. de preca. l. 1. § per eum, ff. de acqu. possess.*

Tertio aduersatur *l. 1. ff. Vti possid.* vbi Prætor inquit, *Vti possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Ergo videtur admittere duos in solidũ possidere. Resp. Prętor ait, *Vti possidetis* non quod duo vere possideant, sed ratione controuersiæ tantũ, quæ inter duos

est de possessione. Cum enim vterque contendit se possidere, & ambo probant aliquot actus possessorios, & iud ci non constat de alteruttius possessione iustiori, vt puta si neuter probauit titulum vel antiquiorem possessionem, tunc iudex ita pronuntiare solet: *Quia vos vtrosque inuenio possidere, & neutrũ altero iustiorẽ possessorem deprehendo, vnde sicut iam possidetis, ita possidetis, donec de alterius, iustiore causa appareat in iudicio petitorio.* Ita tradit eleganter Zazius ad *l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. poss.* vbi notat quod duo possident in solidum, non vera sed apparenti possessione, vt quia vterq; probat aliquot actus possessorios.

Quarto opponitur *l. & habet §. eum qui. ff. de precar.* vbi & is qui precario dedit, & is qui precario accepit, possident. Resp. Qui precario dedit, vere solus possidet; quia ad tempus tantum dedit, & eo animo, vt rem accipientis non faciat, sed vt in eum possessionẽ trasferat pro tempore; quæ tamen impropria & adumbrata est possessio. Qui precario accepit, detinere potius, quam possidere dicendus est, quia solus vsus possessionis penes eũ est, ius autem apud eum qui dedit; sed dicitur possidere ideo, quia possessoris cõmodo fruitur. *Connanus lib. 3. Com. c. 10. n. 6.*

Quinto obstat *l. clam. §. qui ad nundinas, ff. de acqu. poss.* vbi dicitur, eum qui absentis fundum ingressus est, possidere clam; & absentem

tem nihilominus possidere. Resp. Is qui clã possidet, improprie possidet; manet enim is, cuius fundus clam occupatur, in possidendi voluntate: sed dicitur alter clam possidere, hoc est detinere, sicut is qui precario rogauit possidere dicitur, id est, tenere & habere. Vtraque enim & clandestina & precaria possessio, non est vera possessio. Sed obstat solutioni *l. rem quæ nobis 15. ff. de acq. pos.* vbi dicitur, rem quæ nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque quę viã nobis ablata est. Resp. Furtum in rebus mobilibus tantum committitur, quarum rerum possessionem amittimus, cum eas ita perdiderimus, vt nesciamus vbi sint. Elegãter *Cõnanus d. loco.*

ASSERTIO II.

Vsucapio non pugnat cum naturali æquitate.

Videbatur prima facie intuenti dicẽdum, quod vsucapio pugnet cum naturali æquitate, quia ius naturæ neminem vult locupletari cum alterius iactura. *l. nam hoc natura, ff. de cond. ind.* Si qui rem alterius vsucapit cum veri domini incõmodo fit locupletior. Resp. Damnum quod quis sua culpa sentit, non videtur damnum sentire, *l. quod quis, 203. de R. I.* Itaque non locupletatur vsucapiens cũ iactura prioris domini, quia ipse sibi imputet, quod rem suam tanto tempore persequi neglexerit. Præterea introducta est vsucapio in pœnam dominorum, quorum igna-

uia deferuntur possessiones, & prædia quasi inculta relinquuntur.

Secundo naturalis æquitas dictat, vt id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transferatur. At vsucapio vero domino aufert dominium, & sine eius voluntate vsucapienti tribuit. Resp. Licet videatur præscribens veteri domino quodammodo inuito suum auferre; tamen penitius rem intuenti apparebit, præscribentem non acquirere rem præscriptam inuito veteri domino; lex enim præsumit, dominum tanto tempore tacentem, & negligentem res suas, in alienationē consentire. Qui enim patitur rem suam præscribi, censetur longa patientia illam alienare, & alienationi consentire. *l. alienationis, 28. de V.S. Oldend, c. de vsucap.* Ad hæc publica tranquillitas, & salus populi, quæ suprema lex esse debet, præferenda est vtilitati priuatæ, cum lex superior vincere debeat inferiorem. Atqui vsucapio bono publico introducta est, ne scilicet dominia rerum diu in incerto maneant, sed vt securitati possessorum consulatur, *l. 1. de vsucap.* Etsi enim diutissime quis rem possederat, tamen certus de iure suo esse nō poterat, quoad lex ciuilis per vsucapionem acquisitioni dominii certum statuisset modum. Vnde dicitur, quod vsucapio sit finis litium. *l. vlt. ff. Pro suo.*

Denique obiicitur *No. const. 9. §. 1.* vbi dicitur, quod præscriptio sit impium præsidū, & im-

& improba temporis allegatio. Resp. Ibi Iustinianus illam vocat impiam & improbam præscriptionem; quæ cum mala fide procedit; quando scilicet mala fide quis detinet bona ecclesiastica, talem præscriptionem lex improbat. Ergo vsucapionem, quæ bonam fidem requirit, euidenter confirmat.

ASSERTIO III.

Si quis in diuerticulo fluminis publici solus pluribus annis piscatus sit, alium eodem iure vti volentem prohibere potest.

TExtus est in *l. si quisquam. ff. de diuer. tem. præs.* Hoc autem ita accipiendū est, quod hoc ius propter longam quasi possessionem præscribendo, id est, excipiendo possessori datum sit, & piscandi ius in diuerticulo fluminis, præscriptione longæ possessionis defendi possit à possidente. Nam si ipso exercitium piscandi intermittente; alius iam piscādi ius vsurpet, actio non datur ad obtinenda loca publica iure gentium. *l. vlt. ff. de vsuc.* Itaque qui quæsitum semel ius piscationis lōga possessione, iterum amisit non vtendo, nulla actione id recuperare potest; quia postquam desinit vti, & cessat piscari in flumine, locus redit ad causam publicam, & cedit iterum occupanti sine publico incommodo, *l. quod in littore, ff. de acq rer. dom.* Ita sensisse Martianum in *d. l. si quisquam*, probatur ex eo, quod de littore occupato similiter respō-

dit in *l. in tantum ff. de rer. diuis.* vbi docet idē Martianus, quod qui in littore maris ædificauit, soli dominus sit, quamdiu ædificium manet. Et è diuerso, sicut ædificio in littore posito, diruto, locus ille redit ad causam publicam; ita si desinat piscari, qui solus lōgo tēpore in aliqua parte fluminis piscatus est; alterum eodem iure quin vtatur, prohibere non potest. Hoc autem interest, quod in littore sufficiat occupatio sine longa possessione, in flūinis diuerticulo vero ad ius piscandi acquirendum, longa possessione opus est: flumen enim est in bonis, & publico iure populi. *l. 2. ff. Ne quid.*

Nō obstat *l. vlt. ff. de vsuc.* Vbi dicitur, quod longæ possessionis præscriptio ad obtinenda loca publica non procedat. Respondetur enim, quod ius piscādi in flumine plene & absolute vsucapione non acquiratur, sed tamdiu quis illud sibi tanquam proprium vsurpare & vendicare possit, quam diu iure piscādi vtitur. Si autem desinat piscari, alterū quin eodē iure vtatur, prohibere non potest Præterea requiritur præter continuum plurium annorum exercitium & vsum piscandi, vt & alios ibi piscari volentes prohibuerit, & sic in quasi possessiōe huius iuris per prohibitionem longo tempore factam sit constitutus, Iason in *l. quo minus. ff. de flumin.* Ratio decidendi, quod ius piscandi in flumine publico non acquiratur, nisi & alii eodem iure vti volentes

lentes ab occupante prohibeantur, hæc est, quia piscari in flumine publico, vel ire per viam publicam, sunt actus meræ facultatis, qui non possunt præscribi, sed tum demum acquiruntur, si & alii ab eiusdem iuris vsu prohibeãtur, & iidem prohibitioni acquiescant *l.2.ff.de via publ.* Pulchre *Crau.de antiq.temp. par.4.c.5.n.98.*

Ideoque nõ ex solo vsu piscationis inducitur possessio alios excludens, cum piscatio res sit meræ facultatis, & vno desinẽte piscari; alius quo minus ibi piscetur prohiberi nequeat; sed requiritur præterea, vt ius & possessionem prohibẽdi a piscatione, prior possessor & piscator longo tempore continuauerit. *Wese.ad tit.de seruit.n.5. in Parat. & ad §.flumina, Inst de rer diuis. Eleganter Cuiac.ad l.vlt.ff.de vsucap.*

ASSERTIO IV.

Ius luendi pignoris præscriptione xxx. vel xl. annorum non tollitur

DEbitori perpetuo competit ius offerendi pecuniã, vt liberet pignus, nec ei obiici potest præscriptio xxx annorum: semper enim iustum & æquum est. soluta pecunia pignus debitori restitui. Probatur hæc decisio tribus firmissimis rationibus & argumentis: Primo, quia ad præscriptionem iustus titulus & bona fides requiritur. *l.nullo, C.de rei vend. l.vnic.C.de vsuca.transfor.* sed creditor titulũ iustum vel habilem ad vsucapionem non ha-

bet. Deinde & possidentis pignus nulla potest esse bona fides; quia creditor scit se rem alienam possidere. Igitur cum creditor pignus non præscribat, ius offerendi ad liberandum pignus perpetuo debitori competit.

Secundo qui alieno nomine possidet, nō præscribit. *l. male agitur*, *C. de præscr. 30. an. l. 1. C. Com. de vsucap.* Ad præscriptionem enim requiritur, vt pro domino quis possideat, vt sibi, non alii possideat. Sed creditor pro alieno possidet, non autem pro suo, ideoque non potest præscribere *l. pignori 13. ff. de vsucap.*

Tertio actio non potest tolli præscriptione, antequam nata sit, sed pignoratitia actio non nascitur tempore contractus aut conuentionis de pignore constituendo, verum tum demum, cùm debitor pignus repignorauit, id est, creditori soluit aut satisfecit. *l. si rem, §. omnis, ff. de pig. act.* Igitur non prius præscribet creditor pignoratitiæ actioni, nisi postquam iam nata, est, hoc est, vbi debitor soluit, aut satisfecit.

Obiicitur huic enuntiato tria argumenta, Primum est ex *l. cum notissimi*, § *eodem*, *C. de præs. 30. an* vbi statuitur, quod iuri offerendi longissimo tempore præscribatur. Sed ille §. nihil aduersatur, quia hoc tandum dicit quod hypothecaria actio, quam posterior creditor contra priorem habet, longissimi tem-

temporis præſcriptione tollatur: non autem tradit, quod ius liberandi pignoris cõpetens debitori præſcriptione extinguatur.

Secundò opponitur *l. nec creditores*, *& l. vl. C. de pig. act.* Verum iſtæ leges nihil obſtãt; quia loquũtur de nata iam pignoratitia actione: quam negant tolli longo tempore, vbi recte eam longiſſimi temporis præſcriptione conſumi Ioannes affirmat. Verior: itaq; hæc eſt ſententia, quod ius luendi pignoris xxx. vel xl. annorum præſcriptione non tollatur, quam fortiter defendit Rogerius in dialogo de præſcriptione, contra Accurſium. qui iuri offerendi putat præſcribi xxx. annis. Erudite *Cuiac. ad l. pignori. ff. de vſucap.*

Tertio obiicitur, quod debitor potuiſſet intra xxx. annos pignus luere, & ſic pignoratitiam actionem ſibi gignere. Hoc ergo cum non fecit, cum facile facere potuerit, merito ipſi præſcriptio obſtabit. Qui enim poteſt facere, vt poſſit parêre conditioni, iam poſſe videtur: *l. qui poteſt 174. de R. I.* Reſp. Non valet conſequentia, vt ex ſimili colligi poteſt. Nã & filiusfam. facile impetrare poteſt à patre, vt ſibi agendi poteſtatem faciat de bonis aduentitiis, & tamen ſi filiusfam. hoc non fecerit, nõ propterea obſtat ei agere voléti præſcriptio: *l. vnic. §. fi. C de an. except.* Ergo multo minus debet obſtare debitori, quod intra xxx. annos pecuniam nõ ſoluerit, cum paratior plerunque ſit agendi quam ſoluendi fa-

Tertia fuit ſententia Ioannis diſtinguentis annuas præſtationes ex contractibus, ab iis quæ ex legatis deſcendunt; in legatis xxx. annorum ſpacio præteritas tantum penſiones preſcribi,in cõtractibus vero vnam tantum præſcriptionem ſufficere, etiam quoad futuras penſiones. Quam opinionem ſequũtur *Azo & Balbus de præſcrip.4.par.4 prin.in 4.quæſt.princ.*in hac opinionum diuerſitate videtur probabilior Martini opinio, videlicet,quod præſcriptione xxx.annorum, penſiones præteritæ, nõ futuræ præſcribantur.

Confirmatur hæc ſententia tribus potiſſimum argumentis:Primo per *l.ſi vſusfructus, ff.Qu.mo.vſusfr.am.*vbi dicitur, ſi alternis annis rel ctus ſit vſusfructus , quod huiuſmodi legatum annuum non vtendo non amittatur: quia quilibet annus ſuum incipit vſumfructum,& in legatis annuis tot ſunt legata, quot anni,& ſic tótidem actiones & præſcriptiones: nec ſufficit vnica præſcriptio pro omnibus annis. Hęc eſt communis & receptior opinio, vt notat *Guido Papa quæſt.406.in deciſ. Grãtianop.* & ideo in iudicando eſt ſequenda

Secundo probatur hæc opinio per tex.ĩn *d.l.cum notiſſimi* §.*fin.* vbi dicitur, in annuis præſtationibus computari præſcriptionem ab initio cuiuſq; anni. Deinde text.ibi æquiparat debita ex vltimá voluntate & cõtractibus:itaque cum ſingulorum annorum ſit v-

tincta principali obligatio sortis per præscriptionem xxx. annorum, extinguatur quoque obligatio accessoria vsurarum. *l. cũ principalis.178.ff. de R.I.* Diuersum obtinet in reditibus annuis intra xxx. annos non solutis: tunc enim præteriti tantũ temporis reditus, quorum respectu xxx. anni præterlapsi sunt, peti & exigi nõ possunt: sed sequentium annorum reditus recte petuntur: cũ isti annui reditus tanquam principale debitum per se subsistẽt. *Costalius ad d. l. si vsusfructus. Borcholt. de vsur. c. 4. num. 38. 39. & 40.*

ASSERTIO VI.

Personales actiones amittuntur xxx. annis, licet præscribens careat bona fide.

HÆc propositio iure ciuili est indistincte vera, vt aliquis sit licitum finis, & ne incerto maneãt rerum dominia. *VVesem. ad tit. Si vsuf. pet.* Imo & iure Canonico hoc verius & probabilius esse defendit. *Cost. ad l. 6. ff. de seru. vrb. præd.* Ratio est, quia ad præscriptionem actionũ personalium nõ dispicitur factum possidentis, sed negligentia non vtẽtis seu agere cessantis sufficit: & præscriptiões longissimi temporis non respectu possidentium, neq; considerato vtrum bonæ vel malæ fidei sint, sed in odium tantum agete negligentium sunt introductæ. *l. vlt. Cod. de anna. exc.* Probat hoc *Bart. quoque in l. 4. §. si viam, ff. de vsucap.*

Obiicitur, quod iure Canonico malæ fidei

possessor nũquam præscribat. Resp. Hoc intellectum & rationem habet in casibus, in quibus possessio & vsus præscribentis requiritur, non autem in iis actionibus, quæ sola negligentia non vtentis amittuntur. Probatur hoc exemplo seruitutum. In præscribenda libertate seruitutum vrbanarum opus est facto præscribentis: vtputa, qui debet vicini prædio seruitutem tigni immittẽdi, non aliter libertatem seruitutis præscribit, quam si vicinus non habeat tignũ immissum: & præterea requiritur, vt foramen, in quod vicini tignum immitti solet à domino prædii seruientis sit obstructum. *l. hæc autem. 6 ff. de seru. vrb præd. l. et si forte, §. 1. ff. si ser. vend.* Non amittuntur vrbanę seruitutes non vtendo, sed præterea facto eius opus est, qui seruit. Itaque tum demum amittuntur, cum is, qui seruitutem debet, aliquid contra seruitutem agendo, prædii sui libertatem vsucepit. *l. si quis alia. §. vlt. ff. Quem seru. amit.* Igitur quia vsus & factum possidentis necessario requiritur, debet habere præscribens bonam fidẽ, & existimare se suo iure vti. *l. si ædes 1. ff. de ser. vrb. præd. l. 1. C. de seru. & aqu. l. si quis diuturno. ff. Si seru. vend.* Contra ad præscribendam libertatem à seruitute rustica satis est amittẽtem non vti, licet alter nihil faciat. Itaque quia per solam non vtentis negligentiam rusticę seruitutes amittũtur, ideo nec præscribentis bona fides requiritur. Quamobrem

licet

licet is cuius fundus debet seruitutẽ, dominum viæ vi expulerit, nihilominus longo tẽpore viam præscribit. *l. 4. §. si viam, ff. de vsucap.* Vnde recte colligitur, quod in præscriptione actionum personalium mala fides nõ attendatur; eo quod in præscriptione illarũ nullum interueniat factum possidentis, sed tantum negligentia vtẽtis inspiciatur, *Costa. d. loco.* Illud postremo notandum, quod licet præscriptio xxx. annorum in actionibus personalibus bonam fidem non requirat, tamẽ contra hanc præscriptionem datur restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, iis qui ius suum ignorantes sibi præscribi siuerunt: intra quadriennium à tempore scientiæ computandum. *gl. in l. sicut. verb. militia, C. de præs. 30. an. & in d. § si viam.* quod comprobat *VVesemb. cons. 5.*

ASSERTIO VII.

Mala fides superueniens post impletam præscriptionem, non interrumpit eam.

VEtus est quæstio, *An si mala fides post cõpletam præscriptionem superueniat, debeat res præscripta restitui.* Et verior est sententia quod possit res præscripta retineri. Ita decidit *Gl. in c. vigilanti. Ex. de præscr.* Et hanc sententiam cõmunis DD. schola amplectitur, attestante *Panor. in d. c. vigilanti.* Ratio est, quia legis auctoritate iam in eũ translatũ est dominium, & iuste possidet, qui legis auctoritate possidet. *l. iuste, ff. de acq. pos.* Confirmatur

& hæc thesis hac euidenti ratione, quia non potest dici in mala fide esse, cui superuenit scientia rei alienæ, cōpleta iam præscriptione. Nam mala fides est scientia rei alienæ, sed res præscripta, nō potest dici aliena. postquam est præscripta, sed cēsetur propria præscribentis. Tertio confirmatur ista assertio tali ratione, quod lex vel Princeps ex iusta causa potest dominium auferre vni, & tribuere alteri. *l. Lucius*, 11. *ff. de euict. l. item verberatum*, §. 1. *ff. de rei vend.* Si ergo Princeps domino inuito & non consentiente potest dominium rei suæ alicui ex legitima causa auferre; ergo cum similiter lex vel Princeps adiicit præscribenti dominium, non tenetur is qui legis auctoritate præscripsit, rem vsucaptam restituere, quia non detinet alienū, sed quod auctoritate legis suum factum est. Non enim potest dici alienū, quod iure & ex ordinatione legis possidetur, *c. quid dicā*, 14. *q.* 4. Lex namq; magis nostrarum rerum domina cēsetur, quam nos ipsi, vel vlli priuati domini, cum lex sit omnium rerum domina & regina. *l. 2. ff. de legib.*

ASSERTIO VIII.

In vsucapionibus dies cœptus pro completo habetur.

VLpianus in *l. 6. ff. vsucap.* Ita respondit: *In vsucapionibus non à momento ad momentum, sed postremum totum diem computamus.* Quibus verbis hoc significat IC. non

compu-

computare nos in vſucapionibus tempus ab hora ad horam, vt neceſſe ſit, qua hora quis cœpit poſſidere & vſucapere, in eandem horam deſinere vltimi anni diem, quo finiatur vſucapio, ſed computare totum diem poſtremum: vt ſcilicet cum ad eum diem peruentum ſit, quamuis cœptus tantum ſit, non finitus, nihilominus completum cenſeatur vſucapiendi tempus. *l. penult. ff. de diuer. tēp. præſcr.*

Sed obſtat huic ſententiæ, *l. in omnibus, 6. ff. de obl. & act.* vbi ſic ſtatuitur: *In omnibus actionibus temporalibus, niſi nouiſſimus dies totus cõpleatur, non finitur obligatio.* Ergo actio in remptioris domini non finietur quoque per vſucapionem, niſi nouiſſimo vſucapionis die completo. Reſp. Iſtius legis definitio tantum de actionibus in perſonā ſcripta extat, & ad actiones in rem, quæ vſucapione perimuntur, nulla ratione pertinet. Quod verba legis euidenter demonſtrant: nam lex ait finiri obligationem: atqui ſolæ actiones perſonales naſcũtur ex obligatione, actio in rem minime. §. 1. *Inſtit. de actio.*

Sed quæritur ratio diuerſitatis, cur actiones perſonales non finiantur niſi nouiſſimo die cõpleto, actio vero in rem finiatur ſimul atq; vſucapio ad nouiſſimum diem poſtremi anni peruenit, etiamſi is dies nondum ſit finitus. Dicendum, in vſucapione id receptum eſſe fauore bonæ fidei poſſeſſoris, vt qui vlti-

mum dië trienni attigerit, vſucepiſſe dicatur. Econtra in præſcriptione actionũ perſonalium ideo dies de momento ad momentum computantur, quia ibi tãtum attenditur negligentia creditoris ceſſantis actionem exercere, non fauor poſſidentis. Ideoq; quia iſtæ præſcriptiones actionum perſonalium ſunt odioſæ, ſtrictius ſunt interpretandæ.

ASSERTIO IX.

Pignus à debitore creditori ſurreptum vſucapi poteſt, hypotheca non item.

DOcet IC. Paulus in *l. 4. § ſi rem, ff. de vſuc.* quod ſi debitor creditori rē pignori datã ſurripuerit, & vendiderit, nihilominus eam vſucapi poſſe. Concordat *l. ſi rem. 5. ff. Pro em.* Sed contrarius ſibi ipſi eſt Paulus in *l. vlt. ff. de vſucap.* & cum illa lege congruit *l. 6. C. de vſuc. pro emp.* vbi deciditur, quod ad hoc vt pignus à debitore creditori ſurreptum & alteri diſtractum vſucapi poſſit, requiritur, vt prius peruenerit in poteſtatem creditoris.

In hac antinomia cõciliãda ſeruãda mihi videtur diſtinctio Cuiacii, tradita in *d. §. ſi rem.* quæ ita habet: *Aut debitor creditori detinenti pignus ſurripuit & vendidit, & eo caſu pignus ab emptore vſucapi poteſt.* Ratio eſt, quia poſtquam furtum factũ eſt, res rediit in poteſtatem debitoris, atq; ſic furti vitium purgatum eſt, & ita accipienda eſt *d. l. 4. §. ſi rem, & d. l. ſi rem.* Aut debitor pignus, quod à creditore non tenebatur, alii vẽdidit & tradidit,

& hoc modo, si furtum factū sit, res vsucapi non potest. Ratio diuersitatis est, quia postquam furtum factum est, res nō redit in potestatem debitoris, sed ante, vt non sit purgatum vitium; atque ita res quasi furtiua vsucapi non potest. Et hoc modo intelligi debet *d.l.vlt.&l.6.C.de vsucap.pro empt.* Castrensis conciliat hasce leges hac distinctione; Aut per extraneum res pignori data surripitur, & tūc non vsucapitur, nisi perueniat in potestatem domini. Aut per ipsum dominū seu debitorem surripitur, & tunc non efficitur furtiua, ideoq; nec opus est, vt redeat in potestatē domini: quia satis censetur reuersa, ex quo apud eum fuit. Ita accipienda est *d.l. 4. §. si rē.* Quod tamen ita procedit, vt respectu veri domini possit vsucapi, & cōtra ipsum dominum. Sed quantum ad hoc, vt possit vsucapi contra creditorem, & quoad ius hypothecæ, requiritur, vt reuertatur in potestatem creditoris, cui surrepta est res pignori data, & aliter non præscribitur. Ita intelligenda est *l. vlt.ff.de vsucap.* Ita notat *Castr.ad l. 4. §. quod autem, num.4.ff.de vsucap.*

ASSERTIO X.

Res emta à furioso bona fide vsucapi potest.

QVi ignorans rem emit à furioso, cū putaret eum sanę mētis esse, possidet & vsucapit pro emtore. *l.pignori 13. §. 1.ff. de vsucap.* Quæstionem mouebat, quod vsucapio sine titulo non procedit: sed hic nulla cēsetur esse emtio, quia furiosi consentire no

vſucapione; tamē nihilominus creditori ſalua manet perſecutio pignoris aduerſus hunc, qui vſucepit dominium pignoris. Ratio decidendi redditur *d.§.nō mutat*, quia pignoris perſecutio nulla ſocietate cum dominio iungitur;id eſt,non ſic pignus iungitur dominio,vt neceſſe ſit eum,qui dominus ſit,ius pignoris in eadem re habere.Imo horum contraria inter ſe eſt natura.Qui enim dominus eſt,ius pignoris in eadem re habere non poteſt,cum pignus rei ſuæ non conſiſtat *l.neque pignus,45.ff.de R.I.* Ideoque qua ratione fit,vt debitor amiſerit dominium vſucapione, eâdem fit in contrarium, ne creditor eiuſdem rei pignus amittat.

Obiicitur *l.1.& 2.C.Si aduer.cred præſcrip.* vbi dicitur, creditori pignus ſuum perſequēti obſtare præſcriptionem longi temporis. Reſp. Quod dicitur vſucapione pignus non extingui,hoc ita intelligendum eſt, quod ſolius debitoris ſilentium, quod ipſe paſſus eſt rem ſuam vſucapi, creditori non noceat ad pignus extinguendum. Licet enim debitor, qui ſiluit longo tempore, cum res ſua vſucaperetur, amittat rei ſuæ dominium, tamen hoc factum non nocet creditori,dummodo creditor non ceſſauit longo tempore pignus perſequi. Cæterum ſi creditor etiam per decem vel viginti annos ceſſauit in perſecutione pignoris, præſcriptio longi temporis pignus ei poſtea perſequenti obſtabit. Quod

ergo dicitur in *d. l. 1. & 2.* creditori obstare præscriptionem longi temporis in persecutione pignoris, hoc intelligendum est non de longo silentio debitoris, sed creditoris, quod scilicet præscriptione longi tẽporis actio hypothecaria extinguatur, si creditor x. vel xx. annis, ex quo res sibi pignori obligata est, cessauit ius suum persequi. *Donel. lib. 5. com. c. 29. & add. l. 7. C. de pigno.*

ASSERTIO XII.

Sine possessione, eaque continua, non procedit vsucapio.

COmprobatur hæc assertio aperte in *l. sine 25. ff. de vsucap.* Cui concordat *c. sine, de R. I. in 6.* Ratio assertionis est, quia causa vsucapionis est possessio, cum vsucapio nihil aliud sit quã capio, id est, acquisitio per vsum, id est, possessionem. *l. quæstio. 115. ff. de V. S.* Vnde nisi integra & continua sit causa, effectus perfici non potest.

Obiicitur primo, quod hereditas iacens, hoc est, quæ nondum est adita, non possidet, quia non habet animum, per quam ciuiliter possidetur, & factorum est incapax. *l. 1. §. Scæuola. ff. Si quis test. lib. esse iuss.* & tamen cœptam à defuncto vsucapionem complet: *l. cœptam. 40. l. iusto 44. §. nondum. ff. de vsucap.* Resp. Hoc singulari iure & vtilitatis causa receptũ est, quod scilicet hereditas iacens tantisper defuncti personam sustinet, *l. hereditas. 34. ff. de acqu. re. do.* fingiturque hereditas eo re-

spectu

ſpectu, qualem poſſeſſionem non vere, ſed iuris interpretatione habere, ac proinde inchoata à defuncto vſucapio poterit iacente hereditate compleri, modo non fuerit poſſeſſio medio tempore ab alio occupata. *l. poſſeſſio. 20. ff. de vſucap.*

Secundo aduerſatur quod Labeo reſpõdit in *l. rerum. 30. §. Labeo. ff. de vſucap.* ſi is, cui ad vſucapionẽ columnarũ vel regularum x. dies ſupereſſent, eas in ædificium contulit, cum nihilominus vſucapturum, licet pauciſſimis iſtis diebus ceciderit poſſeſſor à poſſeſſione. Reſp. Non omnino fuit ibi amiſſa poſſeſſio: nam qui tignũ ædib. ſuis iungit, quodãmodo poſſidet non quidem diſtincte & ſeorſim, ſed confuſe & vniuerſaliter rationẽ totius, quod vtique poſſidetur.

ASSERTIO XIII.

Minime probãdũ eſt, quod Innocẽt. Põt. reſcripſit, ***Ordinarium debere iudicis delegati ſententiam exequi, etimſi ſciat, illam eſſe iniuſtam.***

EXtat hoc reſcriptum in *c. paſtoralis. §. quia vero, de off. deleg.* Nos ſolidis rationibus & argumentis defendemus, Ordinarium non teneri exequi ſententiam iniquam iudicis delegati, ſed potius ei reſiſtere poſſe. Primo iudex eſt Dei miniſter in terris, & eius iudicium cenſetur prodire de vultu, *cap. vt noſtrum, de appell.* Ergo tamdiu delegatus eſt miniſter DEI, quam diu iuſtitiam tuetur. Hinc præcipitur iudici, vt iuſtitiam & iudici-

um faciat, & liberet vi oppressum de manu calumniantis, *Ierem.22.* Quando ergo iudex iniuste agit, facit vt priuatus, & potest ei resisti, sicut cuilibet priuato violenter iniuriam inferenti. *Maran.disp.1 num.17.*

Secundo pro hac sententia facit §. *deinde. No.de manda.prin.* vbi mādat Imp. iudicibus, ne permittant Principis officiales ex aula venientes subditos lædere, vel aliquid iniuste exequi, sed eos puniant, si quid tale fecerint. Tertio quando magistratus aliquid exequitur contra ius, potest ei violenter resisti etiā à priuato *l. prohibitum. l. defensionis. C. de iu. fisc. lib.10. l. omnes. C. de decu. lib.10. l. his quidem. C. Qui milit. poss. lib.12. l. deuotum. C. de meta. lib.12. l. quoniam. C. de appel.*

Quarto & vltimo, quādo magistratus facit aliquam executionē iniustam & à iure prohibitā dicitur violentiam inferre. *l. plerisq;. ff. de in ius voc.* Vnde eodē modo dicēdū est in casu proposito, quod iudex iniuste exequēs vi inferat, & merito sibi possit violenter resisti.

Non obstat quod delegatus Principis in causa sibi commissa dicatur maior quocunq; ordinario iudice, *c. sane quia. de off. deleg.* Inferior autem iudex nō potest cognoscere de viribus sententiæ superioris, qui intelligitur maior solum respectu negotii sibi commissi: sed per Principem censetur commissum, vt iustitiam faciat. *c. cū æterni, de re iud. in 6.* Vnde quoties contra leges iudicat, toties licite ei

potest

poteſt reſiſti, quia facit & procedit extra cõmiſſionem ſuam.

Secundò non obſtat *l. aduerſus. C. Si aduersus rem.iud.* quæ ſoli Principi defert poteſtatem ſententias ſui delegati infringendi: quia ibi loquitur Imp. de reſtitutione in integrum, quæ indicat ſententiam valere: Nam ſi eſſet ſententia ipſo iure nulla; non opus eſſet reſtitutionem petere. Vnde iudex ordinarius non poteſt reſcindere ſententiam delegati à Principe, quæ valet ſummo iure, ſed ſolus Princeps audiendus eſt, niſi contineret manifeſtam iniquitatem: vel vult exequi in caſu ſibi non commiſſo, quibus caſibus poſſet etiam reſiſti delegato Principis per iudicem ordinarium. *Mar. an. dè diſput. 1. num. 41.*

Vltimo non obſtat, quod dicitur in *l. 1. §. idem Pomponius, ff. Quod fal. tut. auct.* quod auctoritas iudicis faciat licitum, quod alias erat illicitum. Quia hoc verum eſt, quando interponitur iudicis auctoritas ſecundum ius, & iuris ordine ſeruato: alias nihil operatur factum iudicis. *Maran. d. loco.*

ASSERTIO XIV.

Sententia ex falſis inſtrumẽtis vel teſtibus lata, nõ eſt ipſo iure nulla, ſed ope reſtitutionis in integrum reſcinditur.

CVm ſententia ex falſis inſtrumentis vel teſtibus eſt pronunciata, illud refert, vtrum contra abſentem, an contra præſentem ſit prolata. Priore enim caſu ſentẽtia ipſo iu-

re nulla eſt, *l.ſi prætor.verſ.Marcellus.ff. de iu-dic.l.ſi quis,ff.ad l. Corn.de falſ.* Si quis (ait) obrepſerit Præſidi prouinciæ, tam per acta, quã libelli interpellationem, nihil agit. Quibus verbis ſignificatur, ſententiam ipſo iure nullam eſſe. Poſteriore vero caſu ſententia ex falſa ſuggeſtione vel falſis pobationibus cõtra præſentem lata, remedio reſtitutionis in integrum reſcinditur, *l.Diuus.ff.de re iud.*

Obiicitur *l. qui agnitis.ff. de excep.* vbi deciditur ex ſententia, lata ex falſis inſtrumentis non competere rei iudicatæ exceptionem. Vnde colligitur, talem ſententiam ipſo iure inualidam eſſe. Reſp. Hoc tum demum verũ eſt, ſi detecta prius falſitate per reſtitutionem in integrum ſententia ex falſis probationib⁹ lata fuerit reſciſſa. Quæ reſpõſio probatur ex *d.l.qui agnitis*, vbi cũ Modeſtinus ſcribit; nullam competere exceptionem rei iudicatæ ex ſententia lata ex falſis inſtrumẽtis, ſubiungit rationem, quia principalibus conſtitutionibus definitum eſt, ſententiam ex falſis inſtrumentis latam retractari. Itaque dum refert ſe IC. ad prinicipalem conſtitutionem, quæ extat in *d.l.Diuus*, eaque reſtitutionem in integrum requirit, vt ſentẽtia ex falſis probationibus lata reſcindatur, debet quoq; *d.l. qui agnitis, ex d.l. Diuus*, declarari, cum eius cõſtitutio à Modeſtino in *d.l.qui agnitis*, referatur. Hanc ſolutionẽ probat & tuetur *Menoc.in arbitr.iud lib.2.cent.1.caſu 15.* Porro hæc doctri-

doctrina limitatur in sententia lata cõtra minorem 25. annis ex falsis allegationibus, hic enim ipso iure absq; restitutione in integrũ, sola falsitate detecta, sententiam nullam dicere potest, propter fauorem ætatis: *l.1. C. Si tut. vel cura. ex fals. alleg.* Ita communiter tradunt *DD. in d. l. Diuus.*

ASSERTIO XV.

Sententia nec pro furioso nec contra furiosum dicta valet.

QVæritur, an valeat sententia pro furioso dicta. Et quidem certum est, sentẽtiam contra furiosum latam non valere, quia sententia contra absentem dicta non valet. *l. de vnoquoq. 47. ff. de re iud. l. 4. C. Quo. & quan. iud.* Atqui furiosi pro absentibus habentur, quia etsi corpore sint præsentes, animo tamẽ absunt. *l. 2. § penul. supra de iur. codicil. l. vbi non voce, 124. ff. de R. I.*

Sed dubitatur, an sententia pro furioso dicta valeat? Et ait Iulianus in *l. 9. ff. de re iud.* ne quidem furioso dictam sentẽtiam valere. Ratio decidẽdi est, quod solennis ordo iudiciorum, qui dictat vt coram ambobus litigatoribus sententia feratur, seruandus est, *l. prolatam. C. de senten.* Accedit & hæc ratio, quod furiosus contrahere nõ potest, ergo nec quasi contrahere. *l. in negotiis 5. de R. I. l. qui ad certum 14. ff. loca.* Atqui per sententiam quasi cõtrahitur, *l. 3. §. idem scribit, ff. de pecul.* Quando enim partes acquiescunt sententiæ, tunc per-

inde est, ac si ita contraxissent. Præsente tamẽ curatore recte pro furioso contrahitur sententia *l. sed & interpellatur. 40. ff. de rec. arb.*

Duo opponuntur huic decisioni. Primum est, quod sententia pro minore 25. anni absente & indefenso lata valet. *l. non eo minus 14. C. de procur.* Ergo idem in furioso dicendum videtur, quia furiosus comparatur minori, *l. Fulcinius. § plane. ff. Ex qu. cau. in poss.* Resp. Ideo valet pro minore lata sententia, quia habet intellectum, & sic est capax huius quasi contractus: quod in furioso dici non potest, qui omni caret intellectu. *Bart. in d. l. furioso.*

Secundo opponitur *l. si à furioso, 23. de obl. & act. & l. si à furioso. 23. de reb. cred.* vbi furioso actio mutui acquiritur, si alius eius nomine mutuam pecuniam dederit. Vnde idem dicendum videtur in sententia, quia iudicio quasi contrahitur. Resp. Hoc singulare est in mutuo, vt furioso acquiratur obligatio mutui, sicut ex eadem causa absenti quoque & ignoranti acquiritur, quia magis ex interuentu rei seu numeratione pecuniæ, quam ex consensu hæc nascitur obligatio. *Zazius ad d. l. 9.*

ASSERTIO XVI.

Iudex iuxta litigatorum conuentionem sententiam ferre debet.

TRaditur hæc assertio in *l. si conuenerit. 26. ff. de re iud.* vbi Vlpianus scribit, si conuenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non

non abs re erit iudicem huiuſmodi ſententiam proferre. Cum enim pertineat ad iudicis officium, lites diminuere, & finem illis quam celerrime imponere, *l. quidam, ff. Si cer. pet.* æquiſſimum eſt iudicem volũtatem litigatorum ſequi in ferenda ſententia. Exemplum peti poteſt ex *l. iudicem, 22. ff. Com. diuid.* vbi dicitur, iudicem in prædiis diuidundis, quod omnibus vtiliſſimum eſt, vel quod malint litigantis, ſequi conuenit, licet enim regulariter res omnes veniant in iudicium cõmuni diuidundo, ſi tamẽ inter ſocios conuenit, res aliquas non diuidi, iudex eam conuẽtionem in ferenda ſententia ſequetur. *l. in iudicium, 13. ff. eo.* Aliud exemplum traditur in *l. ſi quis crediderit, 40. ff. de pact.* vbi dicitur, ſi debitor conuenit cum creditore, vt non in ſolidum conueniatur, ſed tantum in id, quod facere poteſt, iudicem hanc conuentionem in pronuntiando exequi debere.

Sed cum *d. l. ſi conuenerit, acriter pugnat. l. qualem 19. ff. de recep. arb.* vbi dicitur, nõn valere conuentionẽ litigatorũ, vt arbiter certam, & à litigãtibus præſcriptã dicat ſententiam. Reſp. Aliud eſt in arbitro cõpromiſſario ſeruandum, aliud vero in iudice. Arbiter non tenetur dicere ſentẽtiam, quæ illi à partibus præſcripta eſt. Ratio eſt, quia arbiter debet habere liberam facultatem pronuntiandi, quod ſibi videtur. Quod pater ex etymo vocabuli. Arbiter enim ille dicitur,

qui ex arbitrio suo, hoc est, libera voluntate pronuntiat. *Seneca lib. 5. de benefic.* Arbitri libera nullisq; adstricta vinculis est religio nō prout lex, sed prout humanitas impulit, iudicat. Vnde dicitur in *d. l. 19.* quod arbiter debet ferre sententiam, quæ sibi videtur. Vnde & stari debet sententiæ arbitri, siue iuste siue iniuste pronuntiauit, *l. diem, §. stari. ff. de arbit.* Iudex vero tam liberam & amplam non habet in iudicando potestatem: vnde valet cōuentio partium, vt iudex certam ferat sententiam. Adde quod ista sententia arbitri, qua secundum conuentionem litigatorum pronūtiat, nullam adfert vtilitatem: quia ex sententia arbitri nulla datur actio iudicati, sed metu pœnæ tantum ei paretur. *l. 1. C. de rec. arb.* Ita tradunt *Bart. Castr. Zaz. & Duare. ad d. l. 26.*

ASSERTIO XVII.

Sententia ita prolata, *Condemno Titium in petitis, si probatum est, eum debere, inualida est.*

QVod sententia hæc, Condemno Titiū in decem, si probatum est eum debere, inualida sit, firmis rationibus & argumentis probatur. Primum ex eo, quod sententia definitiua dici non potest, quæ nullum finem imponit controuersiæ, *l. 1. ff. de re iud.* Talis autem est hæc sententia, quia rem indecisam relinquit, perinde, ac si lata non esset.

Secundo confirmatur hac ratione, quod ad iudicis officium pertinet, vt certā sententiam

tiam proferat, licet de incerta quantitate a-ctum sit. *§. cur. Inst. de act.* Vnde nō valet sententia, quia iudex pronūtiat, vt Reus, quæ bona fide accepit, soluat; sed certam quantitatem in sententia exprimere cogitur, in quam Reum cōdemnet, *l. vlt. C. de sent. quæ sine cer. quan.* Tertio huc pertinet *l. qualem 19. §. 1. ff. de arbit.* vbi dicitur, iudicē ita pronūtiare debere, vt secundum id litigantes à tota controuersia discedere velit. Denique hæc sententia aliis duobus textibus comprobatur: scilicet per *l. quid tamen, §. Pompon. ff. de arb.* vbi dicitur, inutiliter arbitrium incertam sententiam dicere, vtpūta. Quantum ei debes, redde. Atqui non certior est sententia, si iudex dicat; Si probatum est te decem debere, solue: vtraque enim sententiam aliam expectat. Similiter in *l in sententiis, 59. § qui sortis, ff. de re iud.* tradit Vlpia. non valere hanc sententiam, Condemno te in vsuras, si competunt vel debentur; quia non videtur de vsuris iudex cognouisse.

Bartolus tamen contrariam sententiam tenet in *l. ait Præt. §. 1. ff. de re iud.* & defendit hanc sentētiam valere, *Condemno te, si est probatum.*

Contra hanc assertionem Bartolus pro sua sententia adfert *d. l. ait. Prætor. §. 1.* vbi dicitur valere hanc sententiam, *Condemno Reum, vt quod accepit ex testamento Mauij, restituat,* quod perinde est, ac si diceret, *Condemno eum*

in id, quod est, vel erit probatum eum habuisse ex testamento Mauij. Resp. Ideo iudex ibi ita recte pronuntiauit, quia certam quantitatem nominasse censetur, quæ testaméto vel codicillis expressa erat. Per relationem enim ad testamentum vel codicillos, sententia fit certa.

Secundo aduersatur *d. l. in sententiis. 59. in princ.* vbi dicitur, valere sententiam ita latam, solue quod petitum est. Resp. Ea sententia valet, quia ex formula libelli & petitionis cognosci potest & certificari hæc incertitudo. Maior autem est incertitudo probationum, quam petitionis libello comprehensæ, quia an aliquid probatum sit, vel non, incertum est: pendet enim ex arbitrio iudicis, quanta fides sit adhibenda testibus, *l. 3. vers. tu magis, ff. de test. ib.* Sed petitionis certa & liquida definitio facile ex formula libelli demonstrari potest. Falsa est ergo opinio Bartoli, existimantis, valere hanc sententiam; Condemno te, si probatum est. Ita tradunt *Duare. ad d. l. ait Prætor. §. 1. Sarmieptus lib. 1. select. interpretat. c. 13.*

ASSERTIO XVIII.

Sententia non retractatur propter instrumenta de nouo reperta.

QVod propter nouiter reperta instrumẽta tam sententiæ, quam transactiones retractari nõ possint, decisum est in *l. sub prætextu. 19, C. de transf. l. sub specie 4. C. de re iud.*

Ratio

Ratio eſt, quia res iudicata habetur pro veritate, propter publicam iudiciorum auctoritatem; & ſententiarum à iudice latarum hic eſt effectus, vt per eas finis imponatur controuerſiæ, *l. res iudicata 207. de R. I. l. 1. ff. de re iud.* Vnde nō debent res ſemel iudicatę propter probationes de nouo repertas retractari; vt ſit aliquis litium finis.

Obiicitur *l. admonendi 31. ff. de iureiur.* vbi ſententia lata ex iureiurando ſuppletorio, præſtito propter defectum probationis à litigātibus, retractatur, ſi aduerſarius noua inſtrumēta ſe inueniſſe dicat, ex quibus apparere poſſit veritas. Reſp. Ideo ſententia lata ex hoc iureiurando retractatur prætextu nouorum inſtrumentorum, quia in cauſa dubia ſeu ob defectum probationis lata eſt. Ergo cum appareat poſtea per inſtrumenta de nouo reperta veritas, merito ea admittetur. Accedit & altera ratio, quod iuramentum eſt priuilegiata & imperfecta probatio, quia hoc iuramentum facit partem iudicem & teſtem in propria cauſa, *l. vlt. C. de fideicom.* Vnde nō eſt tantæ efficaciæ ſententia ex iureiurando litigatoris prolata, vt propter inſtrumenta de nouo reperta non retractetur: quia facilius ea quæ ſunt iuris ſpecialis, quam quæ ſunt iuris communis, tolluntur. *l. eius milit. §. vlt. ff. de mil. teſt.*

Secūdo obiicitur, quod in negotio publico permittitur ex integro de cauſa agi aduerſus

rem iudicatá ex instrumentis postea repertis, *l. Imperatores. 35. ff. de re iud.* Resp. Hoc specialiter fauore fisci vel Reipub. est introductum, vt fiscus propter instrumenta de nouo reperta possit retractare sententiam, qua reus fuit absolutus, vsque ad triennium; & si interuenit fraus vel præuaricatio aduersarii, etiam post triennium. *l. vnic. C. de sent. con. fisc. lat. lib. x.* Est ergo Respublica in hoc priuilegiata, quod sententia contra illam lata propter instrumenta de nouo reperta retractetur. In priuatis vero personis hoc iure non vtimur. Hoc autem priuilegium, quod competit Reipub. etiam Ecclesiæ & pupillo tribuitur. Respublica enim seu fiscus, pupillus & Ecclesia pari passu ambulant, iisdem fauoribus & priuilegiis gaudent, *l. Rempublicam. C. de iur. Reipub. lib. 11. §. finimus. No. de non alienan. aut perm. reb. Eccl. c. 1. Ex. de rest. in int. Gl. in d. l. sub specie.*

Tertio obstat, quod in criminalibus caussis sententia retractatur, si de innocentia damnati ad mortem ex probationibus postea repertis appareat. *l. Diui. 27. ff. de pœn.* Resp. Eo in casu non nisi per restitutionem in integrum succurritur damnato, quam solus Princeps potest indulgere; non vero iudex qui sententiam tulit, contra rem iudicatam litigantem restituere potest. *d. l. Diui. l. 1. §. vlt. ff. de quæst.* quia iudex sententia semel lata desinit esse iudex, & omnem iudicandi pote-

postetatem deponit. *l. iudex, 55. ff. de re iud.*

ASSERTIO XIX.

Iudex potest interlocutoriam sententiam mutare & rescindere, non vero definitiuam.

TRaditur hæc assertio expresse in *l. quod iussit, 14. l. Paulus, 42. l. acta. 45. l. cum quærebatur, 62. ff. de re iud l. 1. C. Quan. prouo. non est neces. l. Diui. 27. ff. de pœn.* Ratio diuersitatis est, quia iudex post latam sententiam definitiuam amplius iudex non est, & sic sententiam suam corrigere non potest. *l. iudex. 55. ff. de re iud.* Interlocutoria vero sententia reuocari potest ab eo, qui eam tulit, quia iudex qui interlocutus est, adhuc iudex manet vsque ad sententiam definitiuam. *d. l. quod iussit.*

Obiicitur *l. siue pars, C. de dilat.* vbi dicitur quod dilatione data à iudice, eius officium quiescit. Igitur non potest dilatione pendente vel finita, quam dedit per interlocutoriam sententiam, aliam concedere. Resp. Potest iudex ex iusta & legitima causa dilationes datas prorogare & ampliare, quoties scilicet iusta causa aliqua hoc suadet. *l. qualem, 19. in fi. ff. de rec. arb.* Sed sine iusta causa dilationes semel datas iudex ampliare non potest, *l. 1. C. de dila. l. 2. ff. de re iud.*

Secundo aduersatur *l. quod semel, ff. de decret. ab ord. fa.* vbi dicitur, quod semel ordo decreuit, id mutare non potest. Resp. In eadem lege subiungitur, posse ex iusta causa

decretum semel latum etiam à iudice reuocari & mutari.

Contra posteriorem partem assertionis pugnat *l. si præses, & l. si vt proponis, C. Quom. & quan. iud.* vbi iudex sententiam semel à se latam sine appellatione rescindit. Resp. Illæ leges accipiendæ sunt, quando sententiæ sunt ipso iure nullæ, vtpote quæ latæ sunt diebus feriatis, vel contra minores indefensos: hæ ab ipso iudice, qui eas protulit, emendari & mutari possunt. Aliud dicẽdũ est, si sentẽtiæ sint validæ & perfectæ; hæ enim à iudice eodem mutari & rescindi non possunt. *Bart. & Castren. in d. l. quod iussit,*

ASSERTIO XX.

Pacto beneficio cessionis bonorum renuntiari non potest.

Qvod per pactum renuntiari non possit beneficio cessionis, crebrior est DD. sententia, quã sequitur Bart. in *l. alia § eleganter, ff. Solut. matr. arg. illius. §.* 1. vbi traditur, quod maritus renuntiare non possit priuilegio, quod habet nec teneatur vltra id q[d] facere potest, quia id pactũ est contra bonos mores. Similiter quoque hoc pactũ, quo quis renuntiat cessioni bonorum, est contra bonos mores, quia per id pactum obligat quis se ad carceres: carcer autem est species seruitutis, & mala mansio. *l. 2. ff. de lib. hom. exhib.* At homo liber se ad seruitutem obligare nequit, quia seruitus morti comparatur. Hanc opini-

opinionem defendunt *Accur.in Auth.Imo.C. de obl.& act.Bald.in §.vlt.Inst.de actio. Salicet. in l.1.C.Qui bo.ced.poss.*

Obiicitur primo, quod quilibet potest beneficio & fauori pro se introducto renunciare *l.pen.C.de pact.l.pactum.46.ff.de pact.* Resp. Ideo huic beneficio non licet renunciare, quia pactum hoc est contra bonos mores, quo quis se ad seruitutem vel carceres pro debito ciuili obligat. *arg.l.ob as. C.de obl. & act.* pacta vero quæ contra bonos mores sunt nullius sunt momenti.

Secundo obiicitur *l.sacrilegi 9.§.vlt.ff. Ad l.Iul.pecul.* vbi debitoris Reipublicæ corpus detineri potest in carcere, donec satisfaciat. Item obstat *l.2.C de exact.trib.lib.10.* vbi dicitur, quod pro debito Reipublicæ potest quis detineri in libera & militari custodia. Resp. Id specialiter concessum est in debitoribus Reipub. vt propter debita publica in custodia detineantur; quia interest Reipub. vt prōpte & celeriter debita & tributa ciuitati seu fisco soluantur, quibus opus habet ad onera Reipub. sustinenda.

Tertio obstat *l. vlt. §. vlt. ff. Quæ in frau. cred.* vbi qui bonis exutus est, vel bona sua ita alienauit & disperdidit in fraudem creditorū vt nulla ratione recuperari possint, tenetur ad pœnam, scilicet carceris. Resp. Limitatur prædicta assertio in eo, qui dissipauit omnia bona sua in fraudem creditorum, vel spe cessionis bonorum: hic enim non gaudet bene-

ficio cessionis *l. si quis dolo. 51. in princ. ff. de re iud. Cuiac. lib. Obs. 12. c. 5.* Quando itaq; quis dolo fecit, vt esset non soluendo, potest detrudi in carcerem, & extra ordinem puniri. *l. ob fœnus. 49. ff. de admi. tuto. l. quod si minor. 24. §. si quis seruus, ff. de mino.*

Quarto opponitur *l. pen. ff. de iu. dot.* vbi debitor qui tempore contractus sciebat se esse non soluendo, in solidum tenetur, nec gaudet beneficio in quantum facere potest. Ergo nec cedere bonis potest, sed incarcerãdus est, donec solidum debitum soluat. Resp. In eo casu quoque assertio limitatur, quia debitori qui tempore contractus sciebat se non esse soluendo, non competit beneficium cessionis, eo quod animo & intentione fraudãdi creditores suos contraxit; ac proinde hoc casu valet pactum, quo renunciatur beneficio cessionis.

Quarto obstat *l. obsides, ff. Qui test. fa. pos. & l. Diuus. 2. ff. de iu. fis.* vbi obsides possunt se dare ad custodiam vel carcerem, donec captiuus, pro quo obstringuntur obsides, se redimat, & lytron promissum exoluat. Resp. Hoc fieri iure belli & captiuitatis, vt commercia & contractus inter hostes, quibus etiam fides data seruanda est, tutius expediri & celebrari possint; sed extra eũ casum nemo potest se pro debito ciuili obligare ad carceres. *d. l. ob æs. & Auth. seq. C. de obl. & act.* Atque hæc est communis DD. sententia, pacto

non

non posse renunciari beneficio cessionis bonorum, quia contra id, quod lex vetat, paeisci nullo modo licet. Leges autem prohibent aliquem ob debita seruire creditori: ergo & incarcerari vetant, quia carcer est species seruitutis, *l. 2. ff. de lib. ho. exhib.* Idque etiam confirmatur *arg. No. 134. capite 9.* vbi Iustinianus prohibet liberos debitorum vel ipsos debitores seruire creditoribus. Ideoque à recepta Doctorum sententia non est recedendum. *Pacius ad l. ob æs. 12. C. de obl. & act.*

ASSERTIO XXXI.

Si dominus fundi, armatos homines, quos ad se venientes videbat, extimuerit, atq; ita profugerit, vi deiectus censetur.

HAnc decisionẽ aperte & euidenter tradit Iulianus in *l. non solum. § si dominus. ff. de vsucap.*

Cum qua pugnat grauiter *l. 3. §. si quis autem, ff. de vi & vi arm. & l. metum. 9. §. 1. ff. Quod met. cau.* vbi dicitur, non censeri vi deiectum eum, qui audito rumore, quod homines armati ad fundum suum venirent, profugit. Ideoque nec interdictum vnde vi illi competit, sicut nec actio quod metus causa, quia vi deiectus non est. Si tamen forte verum audierit. & venerint postea armati homines, & possessionem apprehenderint, tunc vi deiectus censetur, & interdicto vnde vi, sicut & actioni quod metus causa locus

erit.*d.l.metum* §.1.*l.*1.§.*idem Labeo, ff.de vi & vi arm.*

Reſp. Diſtinguendum eſt inter eum, qui audiuit homines armatos ad fundum ſuum venientes, & eum qui vidit. Qui homines armatos ad fundum ſuum tendentes vidit, atque profugit, vi deiectus videtur, etſi illi armati milites poſſeſſionem non occuparint *d.§.ſi dominus.* Qui vero audiuit ſolum homines armatos venire ad vim faciendam, non aliter vi deiectus intelligitur, quam ſi ipſi poſſeſſionem occupauerint.*d.l.metum.* 9. §.1.*d l.*3.§.*ſi quis autem.* Ratio diuerſitatis eſt, quia oculi magis quam aures nos mouent & perterrefaciunt. Ita hæc concilia: *Cuiac.ad d.§.ſi dominus.*

Assertio XXII.

Vtile inter dictum Saluianum datur creditori, contra quemlibet debitorem, qui res ſuas pignori obligauit.

AN cuilibet creditori contra debitorem res ſuas oppignorantem detur Saluianum interdictum, controuerſa inter DD. eſt quæſtio. Sed tamen verior & probabilior eſt ſententia, quod creditori ad adipiſcendam poſſeſſionem rerum cuiuſcunq; debitoris pignori obligatarum, vtile Saluianum interdictum competat. Quod probat *l.* 1. *C. de preca. & Salu. interd.* vbi dicitur, contra quemlibet debitorem, ſiue de rebus quorũcunque debitorum pignori obligatis, interdictum

dictum Saluianum competere. Hanc sententiam amplectitur *Bart. in d l. 1. & l. 1. ff. de Salu. interd.* quem sequuntur *VVesem. in parat. eo. tit. & Cuiac. in parat. C. eo. & ad sent. Pauli. lib. 5. tit. 6.* A qua sententia dissentiunt *Donel. C. eo. tit. num. 3. & Meno. remed. 3. adipisc. poss. num. 21.*

In contrarium facit *§. interdictum. Inst. de interd.* item *l 1. & 2. ff. de Salu. interd.* vbi traditur, interdictum Saluianũ dari domino fundi, ad persequendam possessionem rerum coloni, quas pro mercede fundi oppignorauit. Vnde videtur tantum hoc interdictum dari creditori habenti hypothecam ex causa locationis, non vero cuilibet creditori habenti hypothecam ex aliis causis.

Resp. Directum interdictum Saluianum datur tantum locatori rustici prædii, contra colonum, quia de hoc debitore interdictum nominatim loquitur. Vtile autem datur ex interpretatione, etiam locatori prædii vrbani, contra inquilinum, pro rebus inuectis & illatis expressè pignori obligatis pro pensione domus locatæ. Imo datur quoq; vtile interdictũ Saluianum ex interpretatione cuilibet creditori, non tantum contra debitorẽ qui ex qualibet causa res pignori obligauit, sed & contra quemlibet etiam extraneum possessorẽ rerum debitoris pignori obligatarum *d. l. 1. in princ. ff. de Salu. interd. & l. 1. C. eo. VVesem. d. loco.*

Assertio XXIII.

Reus non tenetur satisdare interdicto Vti possidetis, quod in futurum actorem non turbabit.

TRia in interdicto *Vti possidetis*, ab actore petuntur. Primo, vt reus desistat à turbatione præsenti. Secundo, vt in futurum non turbet, Hoc est, quod dicit IC. in *l.1. ff. Vti possider.* Quo minus ita possideatis, vim fieri veto. Tertio, vt omnia bona ablata, damna illata, & fructus perceptos restituat. Adiiciunt & quartum DD. posse petere actorem in hoc interdicto, vt reus caueat, quod in futurum eum non sit turbaturus, tenerique reum hanc satisdationem præstare, *Bart. in l.1. §. pen. ff. Vti poss. Duare. lib. 1. disp. cap. 21.* Quod licet communi DD. calculo probetur; tamen legibus & iuri non est consentaneum.

Contra hanc assertionem pro communi sententia obiiciuntur primo *l. harum 7. & l. egi. 12. ff. si seru. vend. & l. pen. ff. de aqu. quo. & æst.* vbi dicitur, siue agatur pro seruitute vendicanda confessoria actione, siue in terdicto aliquo, tenetur victus cauere aduersario, se non impediturum eum in posterum in vsu seruitutis. Resp. Illa cautio in seruitutibus exigitur à victo, non autem in controuersiis rerum corporalium talis cautio postulatur. Ratio diuersitatis est, quia nihil est in seruitutibus, quod victus restituat corpore; seruitutum enim nulla est possessio. *l. vlt. ff. de seruit.*

nit. Ideoq; requiritur à victo cautio, quæ est pro seruitutis restitutione, sed in rebus corporalibus rei ipsius possessio restitui potest; qua restituta, frustra aliud exigitur, quod restitutionis vice fungatur.

Secundo grauiter aduersatur *l. vnic. C. Vti poss.* vbi dicitur, quod in interdicto vti possidetis, pronuntiat iudex, ne vis fiat possidéti, ac deinde satisdationis, vel transferendæ possessionis seruata forma, de ꝓprietate cognoscit. Quibus verbis videtur contineri, quod vict⁹ hoc interdicto debeat satisdare aduersario, quod eum in posterum non turbabit in sua possessione. Sed illa interpretatio nõ potest sustineri. Nam ille text. non loquitur de satisdatione præstanda à reo victo, quasi ipse caueat aduersario victori, de eo non turbando in possessione, cum dicat Imp. alternatiue, eum teneri vel ad transferendam possessionem, vel ad satisdationem præstandam, cum ad vtrunque ex communi DD. sententia sit adstrictus. Itaque verior & sanior est eorum opinio, qui hanc satisdationem intelligunt, de re quę vendicatur, conseruanda; quam victor in hoc interdicto, dum in eum translata est possessio ab aduersario cõuentus rei vendicatione præstare tenetur; quod scilicet rẽ, cuius possessio sibi adiudicata est, illæsam cõseruare velit, non vero eam velit diminuere; neque fructus eius dilapidare, donec causa proprietatis cognita & terminata fuerit. Quã

ſatiſdationem ſi in poſſeſſorio iudicio victor declaratus, præſtare recuſet, transfertur poſſeſſio in petitorem ſatiſdantem, Hanc ſententiam optime confirmat *l.5.ff.de pet.hered,l.de bonis 6.§.vlt.ff. de Carb.edi.* Eamque amplectuntur *Cuiac.lib.1.ſent.Pauli tit.11.& in parat. C.Vti poſſ.VVeſem.in parat.de rei vend.num.6. Fachin.lib.8.contr.iur.c.14.*

ASSERTIO XXIV.

Nudo detentori non dantur interdicta Vti poſſidetis, vel Vnde vi.

QVod ſi quis non poſſidet, ſed detinet tantum, ei non competit interdictum vti poſſidetis, vel vnde vi, vti colono, item miſſo in poſſeſſionem cuſtodiæ cauſa. *l.ſi duo,§,creditores,ff.Vti poſſ.l 1.§.deiicitur,in verb. non tamen ſi colonus.ff.de vi & vi ar.Fab,ad §.retinendæ,num.2.Inſt de interd.*

In contrarium, quod & nudo detentori competat interdictum Vti poſſidetis, probatur ex *l.§ 1.quod autem ait.ff.de vi & vi ar.* vbi illi, qui res cõmodatas, depoſitas vel pignoratas habuit in fundo, ex qua deiectus eſt, pro illis datur interdictum vnde vi. Reſp. Iſte §. loquitur de mobilibus, quæ acceſſorie peruenerunt ad poſſeſſionem fundi, in quib non refert quomodocunq; habetur, dummodo tamen res pro qua igitur principaliter, ſit inmobilis, & poſſideatur.

Secundo obiicitur hoc modo: Plus debet ſubueniri legitime detinenti, quam violen-

to.i

to *l. Seruius ff. Quod vi aut clam*. Sed violēto poss. ssori datur hoc interdictum, contra illos à quibus nō possidet vi *l. 1. §. vlt. ff. Vti poss.* Ergo & detinenti. Resp. Hoc quidem videtur prima facie dicendum, sed defectus principalis materiæ, videlicet possessionis repugnat, quam Prætor non potest tueri per hoc interdictum, quia non est.

Sed quæritur, quomodo succurratur talibus detentoribus turbatis in sua detentione? Resp. Quod misso in possessionem causa custodiæ prouideatur per edictum *Ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*. Vel datur ei actio iniuriarum, *l. qui pendentem § . fi. ff de act. empt.* Vel potest implorare officium iudicis, vt in detentione sua non molestetur, vel vt in ea defendatur, per *l. Aquilius ff. de dona. l. & ideo. § . vlt. ff. de cond. furt. Præs. Euer. in loco a feudo ad emphyt.* vbi dicit, se ita vidisse in ardua quæstione de facto obseruatum. Approbat, *Io. Faber. d. loco.*

ASSERTIO XXV.

Colono non competit interdictum Vnde vi.

SI colonus vi deiectus sit è fundo, non cōpetit ei aduersus deiicientem interdictū Vnde vi, quia nullo modo possidet *l. 1. § . deijcitur, ff. de vi & vi ar.*

Sed obiicitur *l. colonus 12. & l. cum fundum, 18. ff. d. tit.* vbi dicitur: interdictum vnde vi colono competere. Resp. Tunc demum colonus intendit interdictum vnde vi, si ipse do-

mino interuerterit possessionem, & dominum seu locatorẽ vel alium à domino missum in possessionem non admiserit. Iam enim nõ amplius vt colonus est in fundo, sed vt violentus possessor. Idoque ipse tenetur domino interdicto, vnde vi, & ipse quoq; si ab alio spolietur, habet contra eum simile interdictum.

Secundo obiicitur *l. communi. 7. §. neque. ff. Com. diuid.* vbi dicitur, colonum naturaliter possidere. Ergo interdictũ vnde vi ei datur, quod ei conceditur, quia vel ciuiliter vel naturaliter possidet. *d. l.* 1. §. *deijcitur.* Resp. Ibi naturalis possessio pro nuda detentione accipitur. *l. 3. in fi. & l. sequ. ff. Ad exhib.* Colonus proprie naturaliter non possidet, quia non sibi, sed domino possidet. *l.* 1. *C. Cõmu. de vsucap.* Possidere autem est rem tenere affectu sibi habendi. *Theo. in §. item placet. Per qu. pers. no. acqu.* Per abusionem ergo naturaliter tantum dicitur possidere colonus, quia corporaliter tantum detinet. Nam in *d. l.* 1. *§. deiicitur*, apertissime negatur, colonum naturaliter possidere.

Assertio XXVI.

Actionis verbo non continetur exceptio.

HÆc assertio totidẽ verbis descripta extat in *l. verbũ oportebit. 8. §. 1. ff. de V. S.* Et confirmatur hac euidenti ratione. Cum enim actio sit ius persequẽdi in iudicio, quod nobis debetur, exceptio vero eius petitionis

quæ-

quædam ſit excluſio,& contraria ſit actioni, *l.2.ff.de excep.* non poterit verbo actionis cõtineri, nõ magis quam vna perſona reſpectu eiuſdem poſſit eſſe actor & reus.

Obiicitur *l.1.ff.de excep.* vbi dicitur *Agere etiam is videtur, qui exceptione vtitur.* Reſp. IC. dicit eum videri agere: At verbum, videtur, improprietatem denotat. *DD. in l.1 §. deieciſſe.ff.de vi & vi ar. Decius ad l. qui per ſucceſſionem 154. num.3. de R.I.* Non itaque agit, id eſt, in iudicio experitur, ſeu actionem mouet ille, qui excipit, ſed in probationibus tãtum actoris partibus fungitur, vt quemadmodum actor ſuam intẽtionem probare tenetur, ita & reus ſuam exceptionem. Veluti ſi reus exceptione pacti conuẽti vtatur, probare pactum debet. *l. in exceptionibus.19. ff. de proba.* Proprie itaq; actionis verbo exceptio non continetur, ſed tantum quoad effectum probãndi. Ex quo ſequitur, ſublata actione non cenſeri ſublatam exceptionem, & propterea eum, cui ſacris interdictum eſt, exceptionem compenſationis opponere poſſe actori licet agere prohibeatur. *Alcia in d. l.8. per c. cum inter. Ex. de excep.* quamuis Bart. exiſtimet exceptionem compenſationis proprie actionis verbo contineri, quod probare nititur per *l. amplius. in fi. ff. Rem ra. hab.* Sed in illa lege dicitur, ſi quis aduerſus petentem cõpenſatione vſus ſit, recte eum petiiſſe videri; ſed verbũ, videtur, improprietatẽ denotat.

Assertio XXVII.

Exceptiones peremtoriæ, nõ ante, sed post litẽ cõtestatam opponendæ sunt, contra Donellvm.

HOc enunciatum aperte confirmatur & stabilitur in *l.4.&8.C.de except. item in l.2.C.Sent.resc.non poss.* vbi dicitur, perẽtorias exceptiones omissas initio, antequã sententia feratur, opponi posse.

Sed obiicitur *l. emtor. C. de præsc. lon. tem. item l præscriptionem 8.&l siquidem 9.C.de except.* in quib. traditur, quod exceptiones peremtorias debent initio quidẽ litis contestari & opponi, sed probandæ sunt, postquã actor suam intentionem demonstrauit. Resp. Illa contestatio peremtoriarũ exceptionum non de necessitate fieri debet, sed potius ex volũtate rei conuenti. Ita respondet *Accur. in l. exceptione.C.de proba.* quam sequuntur communiter.

Secundo obiicitur tale argumentum: Iudex nõ potest pronunciare de eo quod in iudicium non est deductum. *l. vt fundus. 18.ff. Com.diuid.* Atqui id tantum deducitur in iudicium, quod litis contestatæ tẽpore accidit. *l.vnic.C.de lit.contest.* Ergo iudex cognoscere non potest de exceptionibus post litem contestatam oppositis, &, per consequens, exceptiones peremtoriæ post litis cõtestationem opponi non possunt. Resp. Quod traditur, iudicem nõ posse super eo pronũtiare, quod post litem contestatã in iudicium venit, hoc in-

ntelligendum est, si quid post litem cõtestatam ex parte actoris de nouo petatur: nam actor non potest actionem suam fundare super iure futuro, neq; actionem suam mutare post litem contestatam. *l. non potest 23. l. non quemadmodum 35. supra de iudic.* Atqui vero de iure quod superuenit ex parte rei etiam post litem contestatam, iudex cognoscere & pronuntiare potest. *Cost al. ad l. quæsitum ff. de pecu.* Hęc est communis DD. sententia, quod peremtoriæ exceptiones etiam post litẽ cõtestatam opponi possint; quã refutare nititur *Donel. d. l. 8. & 9. C. de except,* sed leuibus & friuolis argumentis.

ASSERTIO XXVIII.

Peremtoriæ exceptiones non possunt post sententiam opponi.

DE peremtorijs exceptionibus hęc regula in iure prodita est, quod ante sententiã quocunque tempore opponi possint: post sententiam vero opponi non possint, nisi ab ea sit appellatum. *l. 2. C. Sent. resc. non poss. l. 4. & 8. C. de except.*

Obiicitur primo huic assertioni, quod exceptiones S C. Velleiani & Macedoniani possint etiam post rem judicatam opponi *l. tametsi 11. ff. ad SC. Maced.* Resp. Hoc fit ex sententia SC. neque alia huius rei certa ratio reddi potest.

Secundo obiicitur *l. 1. C. de iu. & fac. ign.* vbi statuitur, milites posse exceptiones perẽ-

torias poſt ſentẽtiam opponere. Reſp. Hoc Imp. Antoninus ſpeciali fauore militib. conceſſit, ideo quod propter nimiam eorum circa res forenſes imperitiam, & armorum occupationẽ, ius ciuile eis ignorare ſit permiſſum, *Inſt. de mil. teſt. in princ.*

Tertio aduerſatur, quod exceptio priuilegii, ne quis conueniatur vltra quam facere poſſit, poſt condemnationem opponi poteſt *l. Neſennius, 41. §. vlt. ff. de re iud. l. ex diuerſo 17. § fin. ff. Sol. matr.* Reſp. Ideo iſta exceptio poſt ſententiam opponi poteſt, qui non impugnat ſententiam, ſed potius pro moderanda executione ſentẽtiæ obiicitur. *VVeſem. ad tit. C. de excep.*

Male quidam huc referunt exceptionem diuiſionis, ex epiſtola D. Adriani, quæ datur pluribus fideiuſſoribus, vt inter eos, qui ſoluendo ſunt, actio diuidatur. *l. fideiuſſor. 10. C. de fideiuſſ.* Mouentur illi per *l. fideiuſſores. 41. §. vlt. ff. de fideiuſſ.* quæ ait vnum ex fideiuſſoribus fuiſſe condemnatum in ſolidum, & cũ eo actum fuiſſe iudicati: lex ait, eum fideiuſſorem poſſe deſiderare, vt ſibi aduerſus cæteros fideiuſſores actio mandetur. Sed hoc nihil attinet: nam lex non loquitur de beneficio diuiſionis, ſed ceſſionis. Item mouentur *l. inter eos. 51. §. vlt. ff. de fideiuſ.* vbi poſtquam vnus ex fideiuſſoribus eſſet damnatus, & bona eius in fiſcum redacta, actio deinde inter fideiuſſores diuiſa fuit, Dicendum, fideiuſſo-

rem

rem ibi nõ ex fideiussione, sed ex delicto fuisse damnatũ, ita vt ex ea damnatione bona sint fisco applicata. Sensus ergo huius legis hic est: Si vnus ex fideiussoribus sit damnatus ex delicto, & bona eius publicata, potest creditor contra alios fideiussores ius suum prosequi: qui recte petent actionem diuidi inter omnes qui soluendo sunt, inter quos etiam fiscus, qui damnato fideiussori successit, cõputabitur, Vtputa si tres sint priuati fideiussores, & præterea fiscus qui condemnato fideiussori successit, quatuor partes fient in diuisione actionis, ex quibus fiscus qui successit in bona vnius fideiussoris, quartam partẽ agnoscet, pro reliquis vero partibus priuati fideiussores conuenientur. *arg. l. 1. C. de fideiuss. l. 2. C. Ad l. Iul. de vi publ.*

ASSERTIO XXIX.

Exceptiones dilatoriæ, qualis est procuratoria, ante litem contestatam opponi debent.

PRobatur hæc assertio in *l. ita demum. C. de procur. l. exceptionem, C. de proba.* Si exceptio procuratoria, quæ opponitur procuratori actoris, ratione satisdationis de rato non præstitæ, debet opponi ante litem contestatã. Sic etiam exceptio procuratoria, quæ procuratori Rei obiicitur, de cautione iudicatũ solui non præstita, ante litem contestatam est allegan da. Etsi aduersarius eam ante litis cõtestationẽ petere neglexerit, postea eam petere non potest. *l. Pomponius, 40. §. pen. ff. de*

procur.l.vnic.Cod.de satisdan. Ratio est, quia exceptiones procuratoriæ sunt dilatoriæ.*l.2. in fin.ff.de excep.* Atqui tales exceptiones ante litem contestatam sunt opponendæ. *d l.exceptionem.*

Obiicitur *l.licet,C.de procur.* vbi traditur, exceptionem falsi procuratoris etiam post sententiam opponi posse. Respondet Castr. in *d l. Pomponius,* §. *pen.* quod exceptio falsi procuratoris post sententiã est admittenda, si reus vult in se assumere onus probãdi, quod procurator non habuerit mandatum, & ita accipienda est *d.l licet.* Aliter etiam responderi potest, quod tunc demum post sententiam exceptio falsi procuratoris admittatur si aduersarius ignorauit eũ falsum fuisse procuratorem, nul'umq; habuisse mandatum, & post sententiam primum superuenit eius rei notitia. Ita tradit Accurs. ad *d.l. exceptionem,* Ratio est, quia cum falso procuratore nullũ iudicium est, nullaq; controuersia esse fingitur. Atqui exceptiones nullitatis, quæ scilicet reddunt iudicium retro nullum, etiam post sententiam opponi possunt. Sic exceptio iudicis incompetentis post sententiam opponi potest, *l. fin.C.si à non comp.iud. gl. in d,l.licet,C.de procur.*

ASSER-

ASSERTIO XXX.

Actionis definitio tradita in Inst. tit. de actionibus tam realē quam personalē actionem cōplectitur.

VErbis definitionis actionis traditæ à Iustiniano in *princ. tit. de actio* omnis actio tam realis quam personalis comprehēditur. Neque opus est cum Azone, Accursio, Hotomanno & Barone addere ea verba definitioni, quod sit ius persequendi iudicio quod sibi debetur, *Vel suum est*, vt etiam realem actionem complectatur. Verbū etiam debet, hic late, generaliter, & ἐν πλάτει accipi oportet, vt comprehendat etiam actiones reales, quibus petimus id quod nostrum est. *l. actionum 25 ff. de obl. & act.* Illud enim quod nostrum est, & cuius domini sumus, hactenus nobis debetur, quatenus aduersarius ad id restituendum nobis obstrictus est. Sic in *l. pecuniæ 178 §. vlt. de V. S.* expresse dicitur, hoc verbum *debere*, omnem omnino actionem comprehendere, tam ciuilem quam honorariam, & in *l. 108. eod. tit.* dicitur debitor, à quo inuito pecunia exigi potest. Male ergo Azo & alii interpretes actionem realem sub hac definitione contineri negant.

Pro aduersariorum sententia tale adfertur argumentum, quod omnis actio descendit ex obligatione, obligatio enim est proxima & immediata causa actionis *l. licet 42 §. ea obligatio. ff. de procur.* Sed in §. 1. *Inst. de actio.* diserte traditur, rei vendicationem dari aduer-

ſus eum, qui nullo iure nobis obligatus eſt. Itaque definitione actionis non continetur realis actio. Reſp. Accepta latiori ſignificatione obligationis, realis actio etiam ex obligatione naſcitur, quia conuentus reali actione, ſaltem per accidens, ratione rei poſſeſſæ obligatur ad reſtituendum, ex hoc vinculo obligationis, quod nemo debet cum alterius iactura locupletari, & quod quilibet iniuſtus poſſeſſor res ſuas domino reſtituere tenetur. Concludo igitur cum Zazio, Sneidewino, Minſingero, Donello & Borcholt. ad *princip, tit. Inſt. de actio.* omnem actionem mundi ex aliqua præcedenti obligatione produci. Vbi enim eſſet legis æquitas, ſi innocentem fatigaret actionibus, niſi præambula eſſet aliqua obligatio.

ASSERTIO XXXI.

Actionum ſumma diuiſio in duo genera diducitur: aut enim in rem ſunt, aut in perſonam.

SVmma & prima diuiſio actionum, tam ratione ordinis quam dignitatis, deſumta à cauſa materiali, hæc eſt, qua omnes actiones diſtribuuntur in reales & perſonales. §. 1. *Inſt. de act.* Actio in perſonam eſt, qua agimus, vt aduerſarius condemnetur ad dandum vel faciendum aliud, qui ex contractu vel quaſi, maleficio vel quaſi nobis eſt obligat⁹. Huius actionis natura eſt, vt ſemper inhæreat perſonæ obligati & vt aiunt DD. comitatur obligatum tanquam lepra leproſum. *l.* 1. *& ſi heres,*

heres.ff.ad SC.Trebell. Actio in rem est, qua petimus pronuntiari rem nostram esse, eiusque possessionem nobis restitui. *l. actionum 25.ff.de obl.act.* Hæc semper contra possessorem datur, etiamsi in mille manus res perueniat.

Sed videtur hæc diuisio esse imperfecta, quia sunt adhuc duo genera actionum, quæ sub hac diuisione non continentur, videlicet actiones mixtæ & in rem scriptæ. Ad hanc obiectioné respondendum, quod actiones mixtæ, quæ partim in rem partim in personam sunt, de quib. agitur in §. *quædam 21. Inst. de actio.* sub doubus hisce simplicibus membris continentur, cum quibus participant. Mixta enim comprehenduntur sub suis simplicibus. *Glos. in l.2 in princ de V. O.* Actiones autem in rem scriptæ, vt est actio quod metus causa, *l.9.§.vlt.ff. Quod met. caus.* item actio ad exhibendum; *l.3.§.est autē personalis.ff.ad exhib.* sunt inspecta origine sua mere personales; quia dantur contra eos qui nobis obligati sunt ex maleficio, vt qui res nostras per vim & metum abstulerunt, vel ex quasi contractu vt est actio ad exhibendū, quę in eum competit, qui tépore conuentionis seu iudicii accepti facultaté habet exhibendi, vel dolo desiit posse exhibere. *d.l.3.§.eleganter; l.de eo,§.si post.ff.ad exhib Baro ad d* §.1. Ideo autem dicūtur in rem scriptę, quod licet nobis per eas

actiones res persequi,ad quęcunq;possessiorem deuenerint. *Zazius ad d.§.1.num.15.*

ASSERTIO XXXII.

Actiones aliæ bonæ fidei sunt.aliæ stricti iuris.

TRaditur hæc decisio in §. *actionum,Inst. de act.* Actiones bonæ fidei sunt, in quibus liberá potestaté habet iudex ex bono & æquo æstimandi, quemadmodum actori satisfieri oporteat, liberumque habet arbitrium iudicandi quod sibi bonum & ęquum videbitur,licet de eo nihil dictum sit à contrahentibus,§ *vlt.Inst. de obl ex consen. l quia tãtundem. ff. de neg. gest.* Stricti iuris actiones sunt,in quibus iudex adstringitur legib. contractuum, expressisque partium conuentionibus neque liberam habet potestatem iudicandi ex bono & æquo. *l.quicquid.de V.O.*

Obiicitur *l.placuit. C.de iudic.* vbi dicitur, omnibus in rebus, & proinde in omnibus actionibus,pręcipuam esse iustitiæ,æquitatisque,quam stricti iuris rationem. Vnde colligitur,nullas esse stricti iuris actiones. Resp. Strictum ius ibi accipitur pro summo iure, quando verbis legis tantum præcise & pertinaciter obseruatis , mentem & sententiam legis negligimus. Hoc ius nũnquam sequimur,ideoq,eo sensu nullæ sunt actiones stricti iuris, in quibus scilicet verbis tantum legis pertinaci er captatis,mentem & voluntatem legis non attendimus. *l penul ff ad exhib.* Verum hoc sensu recte dicuntur aliæ actio-

nes

nes bonæ fidei, aliæ ſtricti iuris; quod ſcilicet iudex in illis ex libera poteſtate æſtimare poteſt, quicquid ex bona fide aduerſarium dare facere oportet. *§. in bonæ fidei. inſt. de act.* In his vero poteſtas iudicis eſt certis finibus incluſa & adſtricta.

Secundo obiicitur *l. bonam fidem. C. de obl. & act.* vbi dicitur, in omnib contractibus bonam fidem adeſſe oportere. Ergo omnes actiones ſunt bonæ fidei. Reſp. Hoc ita accipiendum eſt, quod in contractibus bonæ fidei maxime exuberare debet æquitas, ſeu bona fides: in ſtricti vero iuris iudiciis bona fides non tam diligenter ſpectatur. ſed plerunque negligitur, *l. Lucius. 24. ff. depoſ. l. 5. C. de reſc. vend.* Exempli gratia: In vtriſque exigitur, vt debita ſine mora reddantur, hoc vero in bonæ fidei contractibus exigitur maxime, & ideo ex mora in bonæ fidei contractibus veniunt vſuræ Ex mora in contractibus ſtricti iuris nõ exiguntur vſurę citra vinculum ſtipulationis, etiam poſt litem conteſtatam. Mora culpatur magis in vno contractu quam in alio, *l mora, §. in bonæ fidei, l. lite, ff. de vſur. l. cum fundus. 31. ff. de re. cred. l. 1. C. de cond. indeb. & ibi Gloſſ. ſing. l. 3. C. de vſur. Minſ. ad §. actionum. num. 16 Inſt. de actio.* Secundo bonæ fidei hoc eſt proprium, vt in contractibus abſit dolus & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maxime & potiſſimum exigitur. Vnde contractus bonæ fidei, quibus dolus

dedit causam, ipso iure nulli sunt, *l. & eleganter, ff. de dolo. l. 3. ff. Pro soc.* Contractus vero stricti iuris, quibus dolus dedit causam, ipso iure valent, nec infirmantur, nisi actione vel exceptione doli proposita; *l. dolo. Cod. de inut. stip. l. 36 ff. de V. O. l & eleganter, §. non solum. ff. de dolo, Cuiac. lib. Obs 8 c. 10.* Tertio ex eo liquet, contractus bonæ fidei pleniores & vberiores esse, quam stricti iuris contractus, quod in omnibus bonæ fidei contractibus cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ante diem agi potest ad interponendam cautionem, id est, satisdationem ex iusta causa, puta quod debitor labatur facultatibus, *l. in omnibus, ff. de iudic. l si creditores, ff. de priuil. cred.* Quę cautio locum nō habet in stricti iuris iudiciis, *l. quoties. §. si semel, ff. de pecul. Cuiac. lib. 17. Obs. 37. Mins. d. loco num.* 10. vbi recenset nouem differentias inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Potest etiam rectius & melius hoc modo ad *d. l.* bonam fidem respōderi, quod bona fides ibi significet simplicem & synceram voluntatem, rectumque animi propositum, & sic dolo, fraudi, calliditati & malitiæ opponitur. *l. ab emtione, 58. de pact. l. si cum fundum, 68. ff. de cont. empt.* In hac significatione bona fides in omnibus cōtractibus necessaria est, quia ab omni negocio contrahendo fraus & dolus malus abesse debet. Verum in proposita diuisione bona fides non pro syncero & puro animo, ab omni

faude

fraude & dolo remoto vſurpatur, ſed potius idem valet quod bonum & æquum ſiue æquitas, ſecundum quam iudex in bonæ fidei iudiciis non ſtricte inhęrere tenetur petitioni actoris, ſed libere adiudicare poteſt actori de quibus nihil inter partes dictum aut conuentum eſt, dummodo bona fides, hoc eſt, æquitas poſtulet illorum rationem haberi. Atque hoc modo bona fides accepta, non in omnibus, ſed in bonæ fidei tantum contractibus & actionibus attenditur. *Inſt. de obl. ex conſen. in fi.* cum in ſtricti iuris contractibus ea tantum præſtentur, quæ expreſſa contrahentium conuentione cauta ſunt, neq; plus neq; minus, *l. quicquid, 99 ff. de V. O.* Ita erudite reſpondet *Harprechtus ad §. actionum. Inſt. de actio.*

ASSERTIO XXXIII.

A contractu perfecto, inuito aduerſario non licet recedere.

REgula eſt generalis in omnibus contractibus, quod ſicut ad contrahendã obligationem exigitur vtriuſque voluntas, ita ſemel cõſtitutæ obligationi vnus inuito altero nõ poteſt renuntiare. *l. ſicut. C. de obl. & act.*

Obiicitur huic regulæ, quod in contractu ſocietatis alterutri ſociorum altero inuito etiam, licet ſocietati renũtiare. *l. verum, §. fin. & l ſeq. ff. Pro ſoc § manet. Inſt. eo.* Reſp. Hæc regula non procedit in ſocietate. Societatis enim ea eſt natura, vt nemo inuitus cogatur

in communione manere, eo quod cõmmunio plerunq; ſolet excitare diſcordias. *l. cum pater.77. §. dulciſſimis. de leg.2. l. vlt. C. Com. diuid.*

Secundo opponitur, quod mandatum reuocatur etiam ſolo diſſenſu mandatoris, ſicut & renuntiatur mandato à ſolo mandatario. *ſi mãdauero,22.§ fi.ff.Manda.* Reſp. Hoc quoque ſpeciale eſt in mandato, quod ſolus mandatarius re integra renuntiare poſſit mãdato, quando videlicet commodum adhuc eſt mandatori mandatum per alium explicare: ſicut & mandatori licet re integra reuocare mandatum, vbi nihil adhuc cœpit gerere mandatarius. *d. §.fina.* Ratio eſt, quia actio mandati tum demum competit, quando cœpit intereſſe mandantis. Atqui vbi renuntiatur mandato re adhuc integra, mandantis nihil intereſt, ideoq; locus eſt renuntiationi, *l. ſi procuratorem.8.§.mandati.ff.Manda.*

Tertio obiicitur, quod licet in depoſito & precario conuenerit, ne liceat ante certum tempus depoſitum vel precarium repetere, tamen nõ obſtante iſta conuentione, nihilominus vbi commodum fuerit deponenti, vel precatio danti, reuocabitur depoſitum vel precarium, *l.1.§.penul ff.depo.l. cum precario ff.de preca.* Reſp. Hoc fit ideo, quia hæc cõuentio eſt cõtra naturam depoſiti vel precarii. Ideoq; ei non eſt ſtandum, cum pacta cõtra naturam contractus appoſita, de iure nõ

ſubſi-

ſubſiſtant.*l.cum manu ſata.80.§.vlt.ff.de cont, emp.l.vbi ita.27.ff.de dona.* Atqui natura depoſiti & precarii eſt,vt ad arbitrium deponentis,vel precario dantis reuocetur.

Quarto obiicitur, quod in contractibus innominatis,licet ei qui impleuit à ſua parte contractum pœnitere & diſcedere à contractu,*l 3.§.1.ff.de cond.ob cauſ.* Reſp. In iis contractibus id tacite agi videtur, vt quãdiu res ob quam quid datum eſt,ab altera parte non ſequatur,repetitio data ſit.*l.1.in fin.ff.de rer. permu.* Is vero qui quid accepit ex contractu innominato,pœnitentia ſua non poteſt à cõtractu recedere. *l.ſi pecuniam, in princ. & ibi gl.ff.de cond.ob cauſ.quam approbat Salicet.in d. l.ſicut.*

ASSERTIO XXXIV.

In actionibus mixtis aut pœnalibus, ſi plures deliquerint,quod vnus præſtitit pœnæ nomine,nõ liberat alios.

Certiſſima hęc eſt iuris regula, quę probatur in *l.pen.& vlt.ff.Ne qu.eũ qui in ius voc.l item Mela.11.§.ſi plures,ff.ad l. Aquil. l. 7.§.vlt.cum l.ſeq.ff.de iuriſd.* Idque rationem manifeſtam habet,ne ſcilicet vllius delictum vllo modo maneat impunitum.

Obiicitur *l.illud,32.ff.Ad l.Aquil.*vbi dicitur,ſi familia alicuius domini furtum fecit, vel damnum dedit,nõ plus familiæ nomine præſtatur,quam ſi vnus deliquiſſet. Sed hoc ideo receptum eſt,quia hoc vnũ factum, id

est,vnius hominis intelligitur. Quod non similiter procedit in actione iniuriarum, & albi corrupti,in quibus delictis à familia commissis,dominus tenetur pluribus actionibus *l.9.ff.de iurisd.l.si plures,34.ff.de iniur.* Ratio diuersitatis est,quia actiones furti & legis Aquiliæ pro damno pecuniario intenduntur, quod si semel dominus dependat,obligationi satisfecit. In actione vero iniuriarum, & albi corrupti,vindicatur cōtumelia, quæ eo grauior est,quo à pluribus infertur: ideoque plura facta intelliguntur,non vnum. *Cuiac. lib.8.Obs.c.20.*

Secundo obiicitur *l.1.§ si plures ff.De eo per qu.fac.erit.* Sed ea actio id quod actoris interest, persequitur,non meram pœnam.*l.3 ff.eo.* mera pœna sępius à diuersis exigitur,id quod interest non nisi semel.

Tertio aduersatur *l.item si cum,14. §.fin.ff. Quod met.cau.* vbi vno ex pluribus metum inferētibus,soluente pœnam, vel rem metu ablatam restituere, cæteri liberantur. Resp. Hæc est natura actionis quod metus causa,vt nō competat in quadruplum,nisi in eum qui restituere iubetur rem metu ablatam,& non paret. Vnus igitur si rem præstiterit ante sententiam,cæteri liberantur. Idem est si quadruplum pręstiterit ex sententia:nam in quadruplo inest res metu ablata, qua præstita, nihil eius interest, qui metum passus est,igitur consequens est cęteros liberari. Atqui regula

gula loquitur de iis actionibus, quæ pœnales sunt ab initio: hę dantur in singulos, nec sufficit si vnus pœnam soluit. *d.l.7.§.vlt & l.seq. d.l.si plures, Cuiac. & Bāro ad d.l.item si cum, §. fina.ff. Quod me.caus.*

ASSERTIO XXV.

Quoties concurrunt plures actiones vnius rei nomine, vna tantum quis experiri debet.

TRaditur hæc regula in *l.nemo*, 43. §. 1. *de R.I.* Quæ vt melius intelligatur, sciendū est alias actiones rei persecutorias esse, alias pœnales, alias mixtas, id est, tam rei quā pœnæ persequendæ causa comparatas. §. *sequens Inst. de act.* De rei persecutoriis prodita hæc est regula.

Quoties plures actiones eiusdem rei nomine concurrunt, vna tantum quis experiri debet: id est, quoties concurrunt plures actiones rei persecutoriæ, ex vna eadéq; causa & obligatione descendentes, toties vna electa altera perimitur. Sic enim quando quis cum seruo, qui negotiatur in merce peculiari, contrahit, concurrunt actio de peculio & tributoria, quarū vna electa ad aliam regressus non datur. *l. quod in herede, 9.* §. 1. *ff. de trib. act.* Sic si mihi tecū societas sit, & res ex societate communes, quam impensam in eam fecero, quosq; fructus ex his rebus perceperis, vel pro socio, vel communi diuidundo actione consequar, & altera actione alteram tolli Proculus ait, in *l. pro socio, 38.* 1. *ff. Pro soc.*

Sic in tutela, ex vna causa & obligatione duas actiones nasci constat: & ideo si tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, siue contra, tutelæ actio quoad istam speciem peremta est: *l.1.§.pen.ff. de tut. & rat. distr.*

De pœnalibus actionibus, prodita est illa iuris regula, quæ habet: Nunquam actiones pœnales de eadem re vel pecunia concurrétes, alia aliam consumit: *l. nunquam. 130. ff. de R.I.* Quæ regula cum hac distinctione accipienda est: Aut enim pœnales sunt quæ ex pluribus factis & delictis descēdunt; aut pœnales sunt, quæ ex vno facto & delicto proueniunt. De pœnalibus, quæ ex pluribus factis & delictis oriuntur, vera est regula, quod scilicet alia ab alia non consumitur, veluti si quis eundem hominem surripuerit, surreptū verberauerit & occiderit, hic actione furti, iniuriarum, & l. Aquiliæ efficaciter conueniri poterit *l.2. ff. de priuat. delic. l. si seruus 27. ff. Ad l. Aquil.* Item si quis alienam ancillā surripuerit & flagitauerit, id est, stuprauerit, & ita corrupit, serui corrupti, & furti agi potest. *d.l.2. l. qui seruum, 33. in princ. ff. de obl. & act.* Idque ob hanc rationem, quod nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur, neq; enim vnum delictum ob aliud minuit pœnam. *d.l.2. l. qui seruandarum. 14. §.1. ff. de præs. ver.*

Tertia regula, In pœnalibus actionibus plu-

pluribus, quæ ex vno facto & delicto proueniunt vnius actionis electione altera consumitur, nisi quid in altera pluris sit. Veluti si quis furtim arbores ceciderit, aduersus eũ & lege Aquilia, & arborum furtim cæsarum agi potest. *l. 1. ff. Arb. furt. cas.* Sic si quis rem rapuerit, & furti, & vi bonorum raptorum tenetur. *l. 1 ff. Vi bo. rap.* Sic si quis alienum seruum iniuriose verberauerit, ex vno facto incidit & in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum, *d. l. qui seruum, in princ.* Quibus casibus vna actione, nõ omnibus contendẽdum est. *l. plura. 52. ff. de obl. & act.* nisi forte post eam inchoatam qui minus continet, intendat eam quæ plus continet, quod fieri potest tantum in eo quod plus est. Veluti si prius egeris cum raptore furti nec manifesti in duplum, superest actio de bonis raptis in id quod amplius in ea est. Si vero prius egeris bonorum raptorum, consumitur actio furti.

Quid vero dicendum est, si cõcurrat actio pœnalis cum rei persecutoria? quo casu rursus distinguendum est. Nam pœnalis aut mere pœnalis est, aut mixta. Si mere pœnalis concurrit cum rei persecutoria, altera alterã non tollit. Sic enim actio furti non tollit cõdictionem furtiuam. *l. si pro fure, 7. §. 1. ff. de cond. furt.* nec actionem depositi. *l. si sacculum, ff. depos.* neque locati. *l. 24. ff. loca.* Sin autem est mixta pœnalis, cõsumitur altera, si modo

ea intentetur actio, quæ continet quod plus est. Sic enim actio vi bonorum raptorũ consumit condictionem furtiuam. *l.* 10. §. 1. *ff. de cond. furt.* §. 1 *Inst. vi bo. rapt.* Sed si prius egeris conditione furtiua contra raptorem, superest actio vi bonorum raptorum in triplũ, *l. pen. ff. Vi bo. rap.* Similiter actio in factum de calumniatoribus, quæ datur in quadruplum, contra eum quæ pecuniam accepit, vt mihi per calumniam item moueret, condictionẽ ob turpem causam impedit. *l. in heredem*, §. 1. *ff. de calum.* Sic actio legis Aquiliæ actionem commodati consumit. *l. vnde quæritur* 7. §. 1. *l. in rebus e* 18. §. 1. *ff. Commo.* & denique actio quod metus causa rei vẽdicationem extinguit, *l. metum*, 9. § *licet, ff. Quod met. cau.* De concursu actionum vide eleganter differentem *Cuiac. lib. Obs. 8. cap.* 24. *& Hotom. in illust. quæst. c.* 27.

ASSERTIO XXXVI.

Heres ex contractu defuncti ob dolum tenetur in solidum, ex delicto defuncti tantum in id, quod ad eum peruenit.

Ex dolo defuncti in delictis cõmisso heres nõ tenetur, nisi lis cũ defuncto fuerit contestata, vel ad heredem aliquid peruenerit: *l. vnic. C. Ex. delic. defun. l.* 1. *ff. de priua. deli. l. in heredem, ff. de calum. l. sicut pœna, ff. de Reg. Iur.* Ex dolo autem à defuncto in contractibus commisso heres obligatur in solidum, etiamsi ad eum nihil peruenerit. *l. ad ea,*

157. §.

357.§.*fi.de Reg.Iur.l.ex parte* 121.§.*vlt.de.V.O. l.si hominem,§.1.ff.deposi.l.ex dispositi. ff. de oblig. & act.*

Priori parti aduersatur *l in condiction, 9.ff. de cond.furt.* vbi dicitur,quod heres furis cōuentus condictione furtiua, non quatenus ad eum peruenit,sed in solidū tenetur.Resp. Ab hac decisione excipitur heres furis, qui condictione furtiua conuenitur:contra eum enim datur hęc condictio in solidum.Rationem reddit *Bart.in l.ff.de priua.delic.* vt compescatur furtorum frequentia, hoc specialiter odio furum esse constitutum,cum in aliis actionibus ex delictis,heredes tantum teneantur,in quantum locupletiores facti sunt.

Secundæ parti refragatur *§.aliquando,Inst. de perp.& tem.act.* vbi dicitur, fieri aliquando vt ex dolo defuncti contractus heredem nō teneat,si nihil ad eum peruenit. Resp. Hoc tantum fit aliquando, scilicet in actione depositi,quod ruinæ,tumultus, incendii, naufragii causa depositum est, quæ actio in duplum non datur ex dolo defuncti in heredē, sed in simplum tantum,quatenus ad eū peruenit, quia hæc actio pœnalis est. *l. 18. ff. de poss.§ sequens.vers plane.Inst.de act.Cuiac.ad d. l.ex ea parte.§.fin.de V.O.Contius ad d.§. aliquando.Inst.de per.& tem.act.*

Assertio XXXVII.

Diuersitas respõsionis non vitiat stipulationem, si est in quantitate: sed diuersitas in qualitate & forma stipulationis, vitiat stipulationem, nisi accedat complacentia.

Quoties diuersitas est in stipulatione, & responsione siquidem est in quãtitate, vel in summa, non in totum inutilis est stipulatio, sed valet in concurrente quantitate. Si vero diuersitas est in qualitate vel causa obligationis, vt si alternatio, cõditio, vel dies adiiciatur, seu detrahatur, in totum inutilis est stipulatio, nisi diuersitas responsionis ilico stipulanti placuerit, tunc enim conualescit nouo consensu *l.1.l.inter,83.§.si stipulante.l.si ita.109.ff de verb.oblig.* Nam regula quæ in *d.l.1.§.cum adiicitur*, ponitur, quoties aliquid adiicitur vel detrahitur stipulationi; vitiari obligationem, nisi ilico diuersitas responsionis placeat stipulatori, ad præcedentes casus legis pertinet; in quibus in forma seu qualitate stipulationis variatum est. Subiungit enim Vlpia. quod alia stipulatio per nouum consensum contracta intelligatur. Quod in diuersitate summarum dici non potest, cum minor summa contineatur sub maiori, & diuersitas non sit in concordante seu minori summa. In summis itaq; valet stipulatio pro minori quantitate, absque nouo consensu. *d.l.si ita.* vbi dicitur, quod in summis semper sponderi videtur quod minus est: vt si stipulanti

lanti decem, viginti promittantur, ſtipulatio erit contracta in decem. Non opus eſt ergo vt complacentia, inter ſtipulantes accedat, vbi diuerſitas ſummarum in ſtipulatione verſatur.

Opponitur §. *praeterea. Inſt. de inut. ſtip.* vbi æquiparat Imp. haſce ſtipulationes, & ait ſimpliciter inutiles eſſe, ſiue diuerſitas fuerit in quantitate, ſiue in qualitate, ſeu cauſa ſtipulationis. Reſp. quod Imp. in inſtitutionibus, quæ ſunt prima iuris elementa, ſubtiliores diſtinctiones ſæpe omiſit, ad faciliorem tyronum captum. Inſtitutum enim fuit Imp. in Inſtitutionibus capita rerũ tantum attingere, exceptionibus in latiores Digeſtorum libros reiectis. *Duarenus ad d. l. 1. Cont. ad d.* §. *praeterea.*

Obiicitur ſecundo *l. ſi decem. Inſt. loca.* vbi dicitur, quod ſi in locatione ſit diuerſitas in quantitate mercedis, nihil actum videri, vt ſi locator exiſtimauerit ſe domũ locare viginti aureis, conductor ſe decem conduxiſſe putet. Reſp. In contractu lucratiuo, vtpute in ſtipulatione diuerſitas quantitatis non vitiat contractum in totum, quia quicquid ſtipulator habet, in lucro eſt: ſed in contractu oneroſo propter diuerſitatem pretii vitiatur totus contractus, ne alteruter contrahentium in damnum incidat. *Caſtren. ad d. l. 1. § ſi ſtipulanti, in fi.*

Assertio XXXVIII.

Stipulatio imperſonaliter concepta, *dabit? dabũtur promittis? promittuntur*, vtilis eſt.

QVæſitum eſt à DD. an iſta ſtipulatio valeat, *dabis? habitur*, & Bart. communiſq; interpretum ſchola eam valere negat. Quibus cum Raphaele Cumano, Alciato, aliiſq; melioribus rationibus nitentibus, conſentire non poſſum. Verius itaque & probabilius eſt, quod ſtipulatio imperſonaliter concepta, hoc modo *dabis? dabuntur. promittis? promittuntur*, valida & efficax de iure cenſeatur: quod inter alia Plauti loco allato comprobat *Alciatus lib. 2. Pareg. cap.* 18. in quo ita legitur concepta ſtipulatio, *dabis? dabuntur*, quæ perinde valet, ac ſi dixiſſet, *dabo*. Comprobatur hæc aſſertio iſta ratione, quod in ſtipulatione præcedat interrogatio, ſecundum quã reſponſio interpretanda & accipienda eſt *arg. §. preterea. Inſt. de inut. ſtip.* ita vt perſona in interrogatione expreſſà, in reſponſione repetita videatur *l. ſi ſine. §. qui interrogatus, ff. de interrog. in iu. fac.*

Nec obſtat, quod dicitur in *Auth. ſi quando. C. de conſt. pecu.* non obligari eum qui ita conſtituit alieno nomine, ſatisfacis? ſatisfiet, verbo imperſonaliter prolato, quia eadem imperſonalitas vitiat ſtipulationem. Temporis enim diuerſitas facit (veluti ſi quis ſtipulanti, *promittis?* reſpondeat, *promittentur*) vt in perſona in interrogatione expreſſa, in reſpon-

responsione repetita non videatur. Idq; propter responsionem incongruam, cum alter de præsenti quærat, alter de futuro respondeat. Sic in constituto si quæratur. *satisfacis?* & respondeatur, *satisfiet*; constitutum non valet. *d. Auth. si quando:* secus si respondeatur, *satisfit*, modo animus constituẽdi adsit. Scite *Cuiac. ad l. 5 in fi. ff. de ver. obl.*

Postremò non obstat, quod IC. Paulus respondit in *l si ita, 26. §. Chrysoponus, de ver. obl.* in stipulationbus personam nunquam intelligi nisi exprimatur: quia hoc locum habet, cum duæ sunt distinctæ stipulationes, vna sortis, altera vsurarum; tunc persona in vna stipulatione nominata, non comprehenditur in alia. Itaque rectè Paulus in *d l. si ita*, respondit, quod in accessoria sequenti stipulatione non potest dici repetita persona, quę in stipulatione rei principalis expressa est. Ratio est, quia sunt duæ stipulationes, vna sortis, altera vsurarum *l. centum, ff. De eo quod cer. lo.*

ASSERTIO XXXIX.

Ex stipulatione alteri facta, non acquiritur actio nisi stipulantis intersit.

Alteri inutiliter stipulamur, nisi intersit nostra *l. 3. & l. vlt. C. de inut. stip.* Verũ singulare est in mutuo, vt per liberam personã alteri acquiri possit condictio, si quis pecuniam alieno nomine credidit, ob frequentem & crebrum huius contractus vsum. Itaque alteri; cuius nomine data est mutua pe-

cunia, dabitur directa conductio ex numeratione seu mutuo, *l. certi. §. si nummos, ff. de re. cred.* Ex eadem causa acquiritur etiam nobis per alterum hypothecaria actio, si pignus pro mutuo datũ sit. *l. 2. C. Per qu. perso. no. acq. obl.* Sed hoc tantum in mutuo obtinet, alioqui non acquiritur nobis actio per liberam personam nostro nomine contrahentem, *l. solutum, §. per liberam, ff. de pig. act.* Sunt tamen singulares aliquot casus notandi, quibus alteri per alterum stipulatione acquiritur. Primus est, si aliquis mihi super re mea stipuletur, *l. pen. C. ad exhib. l. quod procurator. 28. ff. de procu. l. si cum venderet, 3. ff. de pig. act.* Secundus est, quando quis super re sua, quæ sua manet, alteri stipulatur, *l. Publia ff. depos.* Tertio in donatione & dote vsurpatum est vt alteri stipulatio facta vtilis sit. *l. quoties. C. de dona. sub mo. l. Caius. 45. ff. Solut. matr.* Quarto ex stipulatione tutoris quæritur vtilis actio pupillo. *l. 2. ff. Quan. ex fac. tuto.* Quinto in personis publicis, vt tabellionibus seu Notariis, obtinet, vt alii viliter stipulentur. *l. 2. ff. Rempub. sal.* Sexto ex stipulatione procuratoris singulari priuilegio militi quæritur. *l. si pecuniam, 26. ff. de re. cred.* Alias procurator non acquirit actionem ex suo contractu domino, nisi ei à procuratore cedatur. *l. possessio. 49 §. vlt. ff. de acqu. poss.* Si tamen, præsente domino ei stipuletur, acquirit ei, nec cessione opus est, *l. si procuratori, 79. ff. de V. O.*

V.O. Septimo in omnibus casibus, qui ad liberandum pertinent, domino quæritur per procuratorem. *l. rescriptum*, §. *vlt. ff. de pact.* Vltimo in iudiciis perpetuum est, vt alteri per alterum quæratur. *l. 27. in fi.* & *l. 28. ff. de procur.*

ASSERTIO XL.

Promittens se curaturum, quod alius dabit vel faciet, rem effectui dare tenatur.

DIgladiantur acriter interpretes, ad quid teneatur, si promisit se curaturum, vel effecturum, vt alius det vel faciat. Communis & recepta est DD. sententia, eum à promissione liberare, si tantam adhibeat rei conficiendæ curam, quanta adhiberi potest. Ita tradunt *Bart. cons. 236 Maran disput. 2. num. 20. 23.* & *27.* vbi dicit, in practica hanc opinionem seruari. *Wesem. ad* § *si quis aliũ. Inst. de inut. stip.*

Alciatus vero, Zazius & Cuiacius post Iasonem in *l. stipulatio ista. 38 ff. de verb. obl.* existimant, promissorem ad effectum præcise teneri, nec liberari præstando omnem diligentiam, si in vanum laborauerit. Itaque si effectus non sequatur, promissor ad id quod interest, condemnabitur, vel ad pœnam, si pœna sit stipulationi adiecta. Quæ sententia confirmatur per *l. vlt.* §. *vlt. ff. de reb. cred.* vbi dicitur, quod qui promisit, se curaturum decem dari, non aliter liberatur, nisi locupletem & idoneum reum præstet, qui pecuniam

numerare possit. Curare enim significat, cum effectu aliquid præstare, & sic rem agere, vt sequatur effectus. Sic Cicero sæpe in epistolis: *Curare pecuniam*, id est, præstare & adnumerare. Facit plurimum ad confirmationem huius sententiæ *l. sancimus, C. de fideius.* vbi deciditur, quod qui promisit aliquem iudicio sisti sub pœna, & non potest eum repræsentare, tenetur soluere pœnam, si intra semestre eum non sistat. Itaque difficultas facti non excusat à pœna seu interesse.

Obiicitur, quod difficultas excusat promissorem in obligationibus faciendi. *l. si vehenda. §. 1. ff. Ad l. Rhod. de iact.* Vbi qui promiserat se traiecturum ad certa loca maris, & non potuit traiicere, impeditus tempestate maris, excusatur. Resp. Aut iste, qui promisit se curaturum, vt aliquid fieret, nō potuit impedimentum, quod postea contigit, prævidere, vtputa, si nauta insolitis & inusitatis quibusdam tempestatibus impeditus, non potuit ad locum præscriptum peruenire, & tunc excusatur, *l. fistulas. §. fin. ff. de cont. emp.* Aut potuit casum seu impedimentum prævidere, & tunc difficultas à pœna eum non excusat. Hanc distinctionem tradit & comprobat *Zazius ad d. l. stipulatio ista in princ. ff. de V. O.*

ASSERTIO XLI.

In obligationibus facti promissor ad factum praecise cogitur.

PRobatur hæc sententia variis legibus, puta per *l. fideicommissa.* §. *fin de leg.* 3. vbi heres, qui iussus est opus facere Reipub. præcise ad factum compellitur, neque liberatur pecuniam dando Reipub. vt ipsa opus faciat. Ratio est, quia interest creditoris, factum potius à promissore, quam ab alio impleri, quia magna est inter artifices differentia: *l. inter artifices. ff. de solut.* Idem obtinet in obligationibus, quibus ad restituendum quis tenetur. *l. qui restituere. ff. de rei vend. l.* 3. §. *heres. ff. Commod.*

Obiicitur *l. si quis ab alio,* 11. §. *vlt ff. de re iud.* Vbi qui stipulanti damni infecti nomine, promisit se prohibiturum, ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur aut faciat, si hoc non facit, tenetur tantum in id, quod interest. Idemque in omnibus facti obligationibus seruari adiicitur. Resp. In illa l. debitor fuit in mora faciendi, quo casu liberum est creditori agere ad id, quod sua interest propter moram. Ideoq; debitor qui fuit in mora faciendi, in pecuniam condemnatur. Si vero mora in faciendo nō erat commissa, debitor districte ad factum compelli poterat. Ratio decidendi est, quia vt debitor prǽstando interesse ab obligatione facti eximatur,

hoc non in fauorem debitoris morosi, cuius mora impunita esse non debet, *l. 3 fin. ff. de vsur.* sed in gratiam creditoris receptum est, vt si non intersit sua amplius post moram fieri, aut factum non possit à debitore impleri, hoc non credat damno creditoris. Itaque adhuc liberum erit creditori vel debitorem ad factum vrgere, si in eius potestate est implementum, vel post moram interesse petere, si hoc creditor maluerit sibi præstari. Quod aperte ostendit *l. stipulatio, 21. §. fin. ff. de no. op. nunc.* Vbi dicitur, quod si is qui nouum opus cœptum destruendum esse in electione actoris, vtrum præcise conueniat reum ad factum, hoc est, ad restitutionem operis, an verò ad interesse præstandum. Hæc fuit sententia Martini veteris glossatoris, accurate confirmata à *Corasio libro. 2. Misc. c. 3. & Cuiacio ad l. 2. §. item si in facto. & l. 72 ff. de V. O.*

ASSERTIO XLII.

Ex contractu procuratoris domino non acquiritur actio, sine cessione.

TRaditur hęc assertio in *l. possessio, 49. §. vlt ff. de acq. poss.* qui textus semper ad hoc allegatur, quod non competat actio ex contractu procuratoris domino, nisi ei cedatur. Vt puta, si procurator rem emerit ex mandato domini, & traditam accep t. re euicta, domino actio de euictione non aliter competit, quam si procurator ei cesserit actionem

ex em-

ex empto vel ex ſtipulatu,cumq;fecerit procuratorem in rem ſuam,*l.ſi procuratorem*, 8. §.*vlt ff.Manda.*Verum omnino cogitur procurator domino actionem cedere; cogitur inquam actione mandati,quia id exigit mandati fides.

Obiicitur *l.1.&2.C.Per quas perſo.no.acqu*, vbi deciditur, quod ex contractu mutui inito à procuratore nomine domini, acquiritur domino condictio certi ſine ceſſione; & ſi pro mutuo pignus datum ſit procuratori,acquiritur quoq; domino per procuratorem actio hypothecaria ſine ceſſione. Reſp. Hoc ſingulari iure receptum eſt in pecunia credita,vtilitatis ratione,quemadmodum & multa alia ſingularia circa mutuam pecuniam recepta ſunt,ob crebrum & neceſſarium vſum mutui *l.ſingularia.ff.de reb cred.*

Secundo aduerſatur *l.quod procurator*. 68. *ff.de procur.*& *l. Iulianus* 13. §.*ſi procurator. ff. de act. emp.* in quibus traditur,quod domino ex contractu procuratoris etiam ſine ceſſione acquiratur actio.Reſ.Ibi ſuper rebus domini procurator contraxit, & actionem acquiſiuit. Quoties autē procurator ex re domini,vel circa rem, vel ſuper re eius contrahit,toties acquiritur domino actio ſine ceſſione.Vnde ſi procurator vendidit rem domini,quæritur actio ex vendito domino ſine ceſſione,& de hoc eſt caſus in *d.l. Iulianus.* §.*ſi procurator*. Similiter ſi res domini de-

posita vel commodata sit per procuratorem pactusque sit procurator domino eandem rem restitui, dabitur ex æquitate domino, vtilis actio depositi vel commodati sine cessione. *l. penul. C. Ad exhib. l. Publica, 26. ff. depos.* Ita tradunt *Bart. Castren. in d. l. possessio, §. fin.*

Assertio XLIII.

Stipulatio sine verbis inter præsentes prolatis, cōtrahi non potest, & per epistolam non rectè contrahitur.

AD substantiam & solennitatem stipulationis verba sunt necessaria. Stipulatio enim contrahi non potest, nisi vtroq; loquēte, & altero alterū exaudiente & intelligente, *l. 1. in princ. & §. vlt. ff. de V. O.* Hinc stipulatio definitur verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum facturūve se id quod interrogatus est, respondet, *l. 5. ff. eo.* id est, Stipulatio nihil aliud est, quam verborum conceptio, quæ ex interrogatione & responsione constat. Indeque est, quod inter absentes stipulatio neque per literas, neque per nuncium cōtrahi potest. *§. Item verborum. Inst. de inut. stipul.*

Obiicitur *l. ea qua. 57. ff. de dona. int. vi. & vx.* vbi vtiliter per epistolam stipulatio contracta inter coniuges cēsetur. Resp. quod inter absentes cōtrahi stipulatio per epistolam non potest, sed legitime inter præsentes contracta stipulatio, literis veluti cautionib. mādari

dari poteſt *l.Titia,134.§.vlt.ff.de verb.obl.* Itaque ſtipulatio fuit ibi inter preſentes, contracta, ſed poſtea in epiſtolam collata eſt, vt facilius probaretur. *l.Publi.26.§.vlt.ff.depoſ.Ba, & Zaz.in d.l.1.*

Secundo obiicitur *l.obligamur,52.§.vlt.ff. de obl.& act.* vbi dicitur, quod etiam nudus conſenſus ſufficit ad obligationem, licet verbis explicari poſſit. Reſp. Illic agitur de obligationibus quæ conſenſu conſtant, quæ nullam proprietatem, id eſt, verborum neceſſitatem deſiderant. *l.1.ff.de obligation.& act.*

Tertio obiicitur *l.1.in princ. C. de rei. vxo. act.* vbi Iuſtinianus fingit interceſſiſſe ſtipulationem dotis, licet nulla verborum conceptio interuenerit. Reſp. Iuſtinianus non ait ſtipulationẽ abſque verbis fieri in hoc caſu, ſed ſicut fingit interueniſſe ſtipulationem, ita fingit interceſſiſſe verba, quia fictio altera ſine altera non poteſt conſiſtere.

Quarto aduerſatur *l.4.§. vlt.ff. de fideiuſ. tuto.* vbi qui à tutore paſſus eſt ſe nominari fideiuſſorem, & nomen ſuum referri in acta publica obligatur ex fideiuſſione, licet alias fideiuſſor nõ obligetur, niſi interuenerit ſtipulatio. Reſp. Lex propter vtilitatem pupillorum fingit interceſſiſſe ſtipulationem, licet verborum ſolennitas non interuenerit.

ASSERTIO XLIV.

Stipulatio non valet, collata in arbitrium promissoris.

STipulatio quæ cõfertur in arbitrium promissoris, hoc modo: *Dabis si volueris*; non valet, qui nulla necessitate adstringit promittentem. *l. stipulatio, 17. l. a Titio, 108 ff. de V. O.*

Sed obiicitur *l. centesimis, 46. §. vlt. ff. eo.* vbi dicitur, quod valeat hæc stipulatio, si quis promiserit se daturum, cum voluerit. Resp. Diuersa sunt hæc, non contraria. Nam in hac stipulatione, dabis si volueris, ponitur in arbitrio debitoris an debeat, in illa, cũ volueris, quando debeat. Atqui quando debeat, recte confertur in arbitriũ debitoris; an debeat, non item. *l. 7. ff. de contr. emp* Hæc autem stipulatio, cum volueris, dabis; effectum habet, si promissor viuus dixerit se velle dare, etiamsi eo non dato decesserit, *d. l. centesimis, 46. §. vlt.* Quod si antequam constituerit, se velle, promissor decesserit, hæres eius non tenetur dare: quia voluntas ad heredem non transit, sed eum ipso promissore interit & extinguitur. *l. 4. ff. loca.*

Verum huic sententiæ iterum aduersatur *l. 11. §. sic fideicommissum, de leg. 3.* vbi dicitur, quod si legatum relictum sit sub ea cõditione, cum heres voluerit, si ante mortem non declarauerit heres voluntatem suam, tunc ab herede heredis legatum debetur. Resp. Differunt hac in re vltimæ voluntates à contra-

ctibus.

ctibus. Nam legatum relictum sub ea conditione, cum voluerit heres, debetur, licet heres ante mortem suam non declarauerit volūtatem suam, velit nec ne. Sed in contractibus, quod promissum est sub hac cōditione, cum quis voluerit, nō debetur mortuo promissore, antequam constituat se velle. Ratio diuersitatis est, quia latior fit interpretatio vltimæ voluntatis testatoris, quam contrahentium, ne vltima iudicia defunctorum reddātur elusoria. Ita recte post Bartolum in *d.l. cētesimis.* §. *vlt.* tradit *Ioan. Robertus lib. 2. sentent. cap.* 12. A quo dissentit *Cuiac. in d.l. 17. ff. de V. O.* Roberti ordinarius antagonista.

Tertio pugnat cum hac decisione, quod valet emtio, quæ confertur in arbitrium debitoris, hoc modo, si Stichus tibi intra certum tēpus placuerit, esto tibi emtus aureis tot. *§. pen. Inst. de emp. & vend.* Resp. Ideo valet hæc emptio, quia nō pure & absolute cōfertur in arbitrium debitoris seu emtoris, sed sub conditione, si videlicet emtor intra certumtempus consensum suum declarauerit. Ideoque propter adiectionem temporis valida est emtio, quia non habet perpetuam causam nullitatis.

ASSERTIO XLV.

Inutilis stipulatio vim pacti non habet.

INutilis stipulatio neque pacti, neque constitutæ pecuniæ vim habet. Vnde si quis stipulanti adnuat, ne quidem naturaliter obli-

gatur quasi ex pacto & consensu. *l.1.§.si quis ita.de V.O.* Vtriusque eadem est ratio, quia cum annuens voluerit stipulationem cōtrahere, non animo constituendi aut paciscendi, sed promittendi annuisse videtur: sed stipulatio sine verbis, hoc est, sine interrogatione & responsione congrua contrahi non potest. *d.l.1.in princ.*

Obstat vulgata iuris regula, quæ habet. Si non valet, quod ago, vt ago valeat saltem vt valere potest. *l.si ita angusti,13.supr.de seruit.* Itaque cum in annuente sit consensus, etiam is qui interroganti annuit, ex pacto obligatur. Resp. Lex hic præsumit deesse consensum, quia constat contrahentes habuisse animum stipulandi: quemadmodum in simili respōdit *Vlpia.in l.1.ff.de iu.cod.* eius codicillos non valere, qui cum se testamentum facere opinatus est, codicillos fecit.

Secundo obiicitur *l.an inutilis.ff. de accept. & l.si vnus,§.pē.supra de pact.* vbi dicitur, inutilē acceptilationem habere in se vtile pactū, & consequenter naturalem liberationem, nisi contra sensum est, id est, nisi accepto latum est sine paciscendi animo. Ergo præsumi volunt illę leges animum paciscendi, nisi cōtrarium probetur. Igitur & in inutili stipulatione præsumetur animus paciscendi, & cōsequenter naturalis obligatio. Resp. Aliud obtinet, in acceptilatione, quam stipulatione. Inutili acceptilationi inest pactum liberatorium,

torium, sed inutili stipulationi non inest pactum obligatoriũ. Ratio differentiæ est, quia proniora sunt iura ad liberãdum, quã ad obligandum. *l. Arrianus. ff. de obl. & act.* Itaque facilius præsumit lex pactum liberatorium inesse inutili acceptilationi, quam pactum obligatorium inesse inutili stipulationi. Ita tradunt *Alciatus, Duarenus, Baro, Ferretus, & Cuiacius ad d. l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.*

ASSERTIO XLVI.

Notarii aliis stipulari, iisque actionem acquirere non possunt.

COmmunis est DD. sententia, quod Notarii publici stipulando ciuibus quibuslibet absentibus & præsentibus, obligationẽ acquirere possunt. Ita notat Guido Pap. decis. 46. & 222. vbi hanc sententiam in Concilio Gratianopolitano comprobatam fuisse refert. Quæ quidem DD. opinio passim consuetudine obseruatur, sed tamen iure & legibus defendi non potest.

Confirmant autem DD. suam opinionẽ hoc argumento, quod serui publici aliis iure possunt stipulari, iisque stipulando actionem acquirere: vt patet ex *l. 2. & 3. ff. Rempubli. sal. l. 1. §. exigere. ff. de mag conu. l. non aliter. ff. de adopt.* Atqui Notarii seu tabelliones nostri temporis comparantur seruis publicis. Ergo & aliis possunt stipulando acquirere. Resp. ad propositionem, quod hoc in pupillorũ causa tantum specialiter receptum est, vt seruus

is locis, quæ plus habent fauoris *Zaz. ad d. §. alteri. num. 23.*

ASSERTIO XLVII.

Promissio tam in dando, quam in faciendo consistens, transit ad heredes.

QVando quis promisit, se aliquid daturũ vel facturum, tunc actio ex stipulatu nõ solum datur contra promissorem, sed etiam transit ad eius heredes. *l. 2. §. 1. & l. in executione. 85. §. 1. ff. de V. O.* Atque hæc in stipulationibus dandi sine omni dubitatione procedunt. Sed illud dubitationem habet, an promissio in faciendo consistẽs ad heredes promittentis transeat. Et Iustinianus in *l. vlt. C. de contr. stip.* constituit, vt stipulationes faciendi etiam ad heredes promissoris transeant. Vt puta si quis promittit se insulã, cum morietur, ædificaturum: hoc enim factũ ab herede promissoris impleri debet.

Obiicitur *l. centesimis, 46. §. 1. ff. de V. O.* vbi dicitur, id quod in facto consistit, inutiliter in tempus mortis conferri, veluti si quis promittit, se Alexandriam iturum, cum morietur. Distinguendum: Aut factum tale promittitur, quod op⁹ aliquod post se relinquit; puta si quis promittat, se domum ædificaturum; hæc promissio ab herede promissoris impleri debet. *d. l. vlt.* Hæc enim promissio opus aliquod post se relinquit; quamobrem quis faciat, nihil interest, dũmodo opus fiat, *l. vnica. §. Ne autem. C. de cadu. toll.* Aut factum

tale est, quod nullum opus post se relinquit; & hoc ab herede nequit expleri. Veluti si quis promittat, se Alexandriam iturum. *d. §. Ne autem.* Vnde & talis facti stipulatio post mortem promissoris non recte confertur. *d. l 46. §. 1. Cuiac. ad l. 45. de V. O.*

ASSERTIO XLVIII.

Stipulatio conditionalis est, *Si petiero, decem dabis?*

HÆc stipulatio, *Decem cum petiero dabis?* admonitionem magis quam conditionem significat, vt promissor ea decem soluat sine mora. Ideoque si stipulator decesserit, antequam decem petat, ad heredes petitio transmittitur. *l si decem, 48. ff. de V. O.* Similiter legatum ita relictum, Cum legatarius petierit, conditionem nullam habet, sed admonitionem *l. Titia, 85. ff. de cond. & demon.* Quod si hæc verba *Cum petiero*, haberent conditionem, tunc stipulatore mortuo priusquam peteret decem, heredibus eius nihil deberetur, ac si conditio iuncta personæ defecisset. Nam conditiones quæ continent factum cohærens personæ, vt sunt petere, velle, ire, venire, ad heredes non transeunt. *l. 3. §. fin. ff. Quib. mod. vsusf. amit.* Itaque si defunctus talia facta non impleuit, ab herede eius perfici non possunt. *l. qui heredi, 44. l. si ita expressum, 69. ff. de cond. & dem. l. si ita legatum, 65. § 1. ff. de leg. 1.*

Aliud dicendum est in ista stipulatione, *decem si petiero, dare spondes?* Hanc enim conditio-

ditionalem esse stipulationem recte notant *Accur. Bart. Castr. Alex. Donel. & alij in d. l. si decem.* frustra repugnante Cuiacio ibidem. Ista enim verba, *Si petiero*, proprie & principaliter conditionem designant. *l. Titius, 9. ff. de verb. obl.*

Sed obiicitur, quod tam particula *Si*, quam *Cum*, reddant actum conditionalem, per *l. 38. § inter incertam ff. de V. O. & l. qui promisit, 48. ff. de cond. inde.* Ergo vtraque stipulatio, *cum petiero*, &, *si petiero*, conditionalis est. Resp. Hoc verum est in conditionibus, quæ extra naturam actus assumuntur. Sic perinde est, siue quis promittat, si Titius, vel cum Titius Consul factus fuerit, vel si venero, aut cum venero ad talem locum. Aliud vero dicendũ est in conditionibus, quæ ex natura actus tacite insunt. In illis enim particula *Cum*, vt *cum petiero*, non importat conditionem, Vnde stipulatore mortuo, antequam petat, tamen heredes petere possunt. Si vero dicas, *si petiero*, conditionalis fit stipulatio. Ideoq; conditione non impleta à stipulatore, nihil debetur eius heredibus; quia facultas implẽdi conditionem potestatiuam non transit ad heredes. *tex. in l. à testatore, 109. ff. de cond. & dem l. centesimis, 46. § fi. ff. de V. O. Castren. & Zaz. in d. l. si decem.*

Secundo obiicitur, quod Vlpianus ait in *l. muto. § sub conditione. ff. de tutel.* hanc tutoris dationem, *si satisdederis, Te tutorem do*, non

conditionem, ſed admonitionem habere. Reſp. Quod in omnibus actibus verba ita interpretanda ſunt, vt actus potius valeat quā pereat. *arg. l. quoties 80. de V. O.* Cum autem à magiſtratu tutor conditionaliter dari nō poſſit, *d §. ſub conditione, l. actus legitimi. ff. de R. I.* hæc verba, *ſi ſatisdederit*, nō vt conditionalia, ſed vt admonitoria accipi debent, vt tutoris datio valeat.

ASSERTIO XLIX.

Ex pura obligatione confeſtim debitū peti poteſt.

HÆc definitio, quod ex pura obligatione, quę diem ad ſoluendum non habet, confeſtim agi poſſit, expreſſe traditur in *§. Omnis. Inſt. de V. O. & l. eū qui. 56. § qui ita ſtipulatur. ff. eo.*

Tria iuris loca huic decisioni aduerſantur. Primo repugnat *§. vlt. Inſt. de verb. obl.* vbi dicitur, fundo aut ſeruo pure promiſſo, tantū temporis promiſſori concedendum eſſe, quo rem promiſſam cōmode tradere poſſit. Reſp. Ideo ibi tale tempus conceditur debitori ad tradēdum fundum; quia tacite ex natura ſtipulationis, ineſt tēpus aliquod, intra quod promiſſor fundum tradat. Nam cum fundus tradi debeat in eo loco vbi ſitus eſt, tacite cēſetur ineſſe tantum temporis, quoad locum commode perueniri poſſit, in quo fundus, qui tradi debet, ſitus eſt.

Secundo in contrarium adfertur *l. quod dicimus. 105. ff. de ſolut.* vbi dicitur, quod debitor

tor pure obligatus non ſtatim cogendus ſit ſoluere, ſed moderatum aliquod tempus illi dandum eſt ad ſoluendum. Reſp. Statim quidem & confeſtim reus ex puro debito conueniri poteſt, quia obligatio & actio ex contractu perfecto ſtatim nata eſt; ſed tamen humanitatis cauſa breue aliquod ſpacium & laxamentum debitori datur ad ſoluendum, *l. ſi debitori*, 21. *ff. de iudic.* quia creditor non debet ſtatim venire cum ſacco paratus. Hoc autem tempus quidam duorum menſium, ex *l. debitoribus*, *ff. de re iud.* quidam tantum decem dierum eſſe putant, ex *l. promiſſor.* §. 1. *ff. de conſt. pec.* Sed tempus illud iudicis arbitrio relinqui, vt ille pro modo qualitatis, perſonarum, & quantitatis pecuniarum hoc ſtatuat, rectiſſime docuit *Menoch. de arb. iud. lib. 2. cent. 1. caſu* 27. Quam ſententiam probat tex. elegans in *l. in fraudem.* § *fiſcalibus*, *ff. de iure fiſci.*

Tertio obiicitur *d. l. promiſſor.* §. 1. vbi dicitur, quod ſi quis conſtituit ſine die ſe ſoluturum, quod decem dies habeat ad ſoluēdum. Reſp. In omni conſtituto tacite ineſt dies ex edicto Prætoris. Nam verba edicti Prætoris ita habent, *Si appareat, eum qui conſtituit, neque ſoluere, neque feciſſe quod conſtitutum eſt, actionem de conſtituta pecunia dabo.* Iam autem conſtare nō poteſt, conſtituentem neq; ſoluiſſe, neque feciſſe, niſi tempus aliquod prætereat, ex quo appareat debitorem non feciſ-

ſe quod conſtituit. Intelligitur ergo ex verbis edicti, modicum tempus inesse conſtituto, poſt quod exactio celebretur, quaſi appareat poſt hoc tempus nō feciſſe debitorem quod conſtitutum eſt. Id autem non eſt minus quam decem dierum. *Cuiac.* & *Donel, ad l. 41. ff. de V. O.*

Assertio L.

Conditionalis creditor etiam creditoris loco habetur.

EVidenter hæc deciſio probatur in *l. creditores, 10.* & *l. conditionales, 54. ff. de V. S.* vbi dicitur, creditores eſſe accipiendos, quibus pure, in diem, vel ſub conditione debetur.

Sed in hoc articulo occurrit antinomia inter *l. 6.* & *l. pen. ff. Ex qu. ca. in poſſ. ea.* Nam in *l. 6.* affirmatur, eum cui ſub conditione pecunia promiſſa eſt, mitti poſſe in poſſeſſionem bonorum debitoris. Contra in *l. pen. eo. tit.* aſſeritur, quod creditor conditionalis in poſſeſſionem non mittitur, quia is mittitur, qui ex edicto poteſt bona vendere. Reſp. Diſtinguendum eſt, vtrum ex primo an ex ſecundo decreto in poſſeſſionem eatur. Ex primo decreto omnes omnino creditores, etiam conditionales, debitorū bona poſſidere poſſunt, *d. l. 6. l. ſi filiofam. 11. eo. tit.* Nam ex hoc decreto nuda tantum detentio & cuſtodia bonorum conceditur, & intereſt creditorum conditionalium, caueri ſibi de debito exiſtente cōditione ſoluendo. Vnde & cautionem de pecunia iu-

nia in euentum conditionis, soluenda impetrare possunt. *l.4 ff. de separa.* Ex posteriori decreto creditores conditionales non mittuntur in possessionem; quia illi solum mittuntur ex secundo decreto, qui bona vendere possunt. *d.l.pen.*

Secundo aduersatur *l.is cui, 42. de O. & A.* vbi dicitur, quod is cui legatum est sub conditione, ante existentem conditionem creditor non censetur. Resp. Quod dicitur conditionalem creditorem loco creditoris censeri, hoc verum est de eo, cui debetur sub cõditione ex contractu, non de legatario conditionali. Nam legatarius conditionalis non habetur pro creditore. Ratio est, quia in stipulationib. alijsq; contractib. spectatur tẽpus contractus. ideoq etsi sint cõditionales, tamẽ assumunt vires à tempore cõtractus. *l. si filiusfam. 78. ff de V. O. l. vsusfructus, ff. de stip. seru.* In legatis vero tantum spectatur tempus extantis conditionis. Vnde hęc existit differentia inter legata & stipulationes cõditionales, quod stipulatio conditionalis per se statim consistit, & ab initio contractus substantiam accipit, & ob id in heredem transmittitur, etiamsi stipulator vel promissor moriatur ante euentum cõditionalis. *§. ex cõditionali Inst. de V. O.* Legata vero conditionalia à tempore existentis cõditionis demum vires & substantiam capiunt. Ideoq; legatum conditionale non transmittitur in heredem legatarii,

mortuo ante existentem conditionem legatario, quia ante euentum conditionis nullas habet vires, *l. vnic. §. sin autem aliquid. C. de cadu. toll.*

ASSERTIO LI.

Duo rei tenentur in solidum, etiam nouo iure Authenticorum.

QVando duo vel plures Rei promittendi cóstituti sunt, huius obligationis hic est effectus, vt singuli solidum debeant, & seorsim à singulis solidum peti & exigi possit, etiamsi omnes præsentes & idonei sint. Ea enim est vis & potestas obligationis duorum reorum debendi. *l. 3. §. vlt. l. eandem, §. vlt. ff. de duo. reis.* Verum communiter DD. tradunt, hunc effectum obligationis duorum reorū promittendi hodie mutatū esse per Nouellas constitutiones, scilicet *Auth. hoc ita. C. de duob. reis. & No. 99.* In quibus deciditur, quod hodie duo correi debendi pro virilibus portionibus tantum conueniri debeant, non in solidum, nisi alter aut absens sit tempore iudicii accepti, aut inops, aut renunciatum sit beneficio nouæ constitutionis. Ita communiter intelligunt. *DD. d. Auth. Ferra. Cantiuncula, Baro, Linius & Minsi. ad tit. Inst. de duo. reis.*

Verum ab hac sententia recedunt. *Accur. & Cuiac.* qui putant, idem hodie obtinere, quod olim, & plures reos debendi etiam hodie in solidum conueniri posse statuūt. Quorum

rum ſententia verior eſt,& iuri magis conſona. Non enim *Nouel.99.* abrogat, quod duo rei in ſolidum exigi & conueniri poſſint: nã *d.No.* tractat tantum de reis, qui vice mutua fideiuſſerint. Ita inſcriptio Nouellæ habet περὶ ἀλληλεγγύων, id eſt, de duobus reis, qui vice mutua fideiuſſores accepti ſunt. Sententia eius Nouellæ hæc eſt. Duo rei promittendi conſtituti ſunt, ita vt ſinguli in ſolidum tenerentur, ac adiectum eſt, vt vice mutua fideiuſſores exiſterent, ſeu vt alter pro altero fideiuberet (non videntur autem vice mutua fideiuſſiſſe, niſi id nominatim actum ſit. *l. reos ff. de duob. reis*) Hoc caſu Iuſtinianus conſtituit, vt ſi omnes ſint ſoluendo & præſentes habeant beneficium diuiſionis, hoc eſt, vt quilibet obligetur pro portione virili, non in ſolidum. Ergo ſi ſimpliciter ſine fideiuſſione duo rei conſtituti ſunt, quilibet in ſolidum conueniri poteſt, nec reus conuentus beneficium diuiſionis allegare poteſt, quod beneficium non datur eis ſeu principalibus debitoribus, ſed fideiuſſoribus. Beneficium diuiſionis, quod Hadrianus dederat mandatoribus & confideiuſſoribus, idem Iuſtinianus reis conſtitutæ pecuniæ indulget. *l. vlt. C. de conſt. pec.* Nunc in ea Nouella idem concedit reis promittendi, qui vice mutua fideiubent. Ita Cuiac. explicat hæc in notis ad *Inſt. ad tit. de duo. reis, & No. 99.* Approbat *Coſtal. ad l. vir vxori 17. ff. ad SC. Vell.*

ASSERTIO LII.

Vno ex duobus correis debendi pro parte conuento, vel soluente, idem pro alia parte nihilominus exigi potest.

SI pars debiti ab vno ex correis debēdi petita & soluta sit, nihilominus ab eodē residua pars debiti peti & exigi potest. Neq; enim petitio aut receptio partis debiti, in duobus correis debendi, præiudicat creditori, quin alteram partē ab eodē vel alterutro petat aut recipiat, tex. est in *l. si ex toto, 8. §. 1. de leg. 1.* vbi hoc de duobus heredibus eiusdem pecuniæ reis, ex quibus vnus partem soluit legatario, diserte scriptum extat. Quod eodem modo in aliis quoq; correis, qui ex contractu quid debent, obtinet, cum eadem vtrobique militet ratio. *l. Reos. C. de fideiuss.* Idem quoq; in pluribus fideiussoribus decisum est, vt si ab vno ex eis pars sit petita & accepta, propterea nō censeatur diuisa obligatio, sed possit nihilominus ab eodem pars altera peti, si confideiussor non sit soluendo. *l. inter eos, 51. §. 1. ff. de fideiuss.*

Huic tamen assertioni valde aduersatur *l. si creditores. C. de pact.* vbi vnus ex pluribus reis debendi partem soluens pro sua persona non poterit pro altera parte conueniri. Resp. Ibi admisit creditor vnū ex correis pro parte soluentem, id est, accepit partem ea mente, ne quid ab eo præterea peteret, hoc enim significat admittere pro parte, *arg. l. si stipulatus, 15.*

tus,15.§.*vlt.ff.de fideiuss.*Regulariter ergo vno ex duobus reis debendi soluente pro parte, potest creditor ad eundem reuerti pro altera parte, nisi creditor eo animo accepit, ne quicquam ab eo postea peteres. Quod tunc videtur fecisse, si dixit, Peto à te quinque, pro parte quæ te contingit. Vel si vnus reorum debendi soluit sponte partem, & dixit, Soluo pro parte mea, tunc enim creditori alteram partem ab eo postea petenti obstabit exceptio pacti. *d.l.creditores. Castren. ad d.l. si ex toto*, 8.§.1.

Secundo obiicitur *l. liberum. C. de fideiuss.* vbi dicitur, quod si creditor egit contra plures fideiussores vel correos debendi pro parte, si vnus non sit soluendo, nō habet regressum contra alios. Resp. Ibi creditor omnes correos vel fideiussores simul conuenit, quēlibet videlicet pro parte, quo casu censetur actionem diuisisse. Ideoque si forte vnus ex iis non sit soluendo, non poterit alterum pro ea parte conuenire, quia semel actionem diuisit, sed in *d.l.8.§.1 item in d.l. reos*, vnum tātum reum vel fideiussorem cōuenit pro parte, vnde nō censetur actionē diuisisse. *Castr. d. loco.*

ASSERTIO LIII.

Fideiussor, qui in maiorem summam fideiussit, saltem in eam quam principalis debet, tenetur.

VEtus & ardua quæstio est, An quoties plus est in fideiussoria obligatione, quā principali, in totum corruat fideiussio, an ve-

ro valeat ad ſummam vſque concurrentem. Verbi gratia, ſi reus quinque debeat,& fideiuſſor ſit acceptus in decem, an in quinque obligetur. Et communis eſt DD. ſententia, quod in totum ſit inutilis fideiuſſio; quæ tamen opinio erronea eſt & falſa: cum in eam ſummam quam principalis debet, fideiuſſor vtique conſenſerit, quia in maiori ſumma ineſt minor. *l. inter ſtipulantem, 83. §. ſi ſtipulante. leg ſi ita, 110. ff. de verb. oblig.* vbi dicitur, quod in ſtipulationibus ſummarũ vel quãtitatũ, ſemper id quod minus eſt ſponderi videtur. Vnde & in ſtipulationibus qui decem interrogatus, viginti promittit, in viginti tamen obligatur. *l. 1. § ſi ſtipulãti, vbi Duare. ff. de verb. obl.*

Sed obiicitur *l. Græce. §. illud. ff. de fideiuſ. & §. fideiuſſores. Inſt. eo.* vbi dicitur, quod fideiuſſor non poſſit obligari in duriorem cauſam, quam principalis. Reſp. quod illarum legum hęc eſt ſententia, ne fideiuſſor teneatur in id, quod excedit ſua obligatio principalis debitoris obligationem. Nec quicquam obſtat *d. §. illud:* cum eius textus verba ita legenda ſunt. *placuit eos non omnino obligari:* non enim omnino & in totam ſummam, in quam fideiuſſit, nos fideiuſſorem obligatum dicimus, ſed eo fine & modo tantum, quo principalis obſtringitur. Senſus itaque iſtorum verborum eſt, quod fideiuſſor in duriorem cauſam acceptur, obligatus quidem, ſed non in maiorem

iorem summam, quam debitor principalis, *Gilber. Regius lib. 2. ἐναντιοφανῶν. c. 20.* Eandem sententiam luculenter comprobāt *l. hactenus, in fi. ff. de const. pecu. & l. rogatus, ff. Manda.* Approbat & defendit hanc opinionem quoque *Petrus de Bella Pert. in d. § illud*, vbi pulchre notat, quando illud, quod est in fideiussoria obligatione, reperitur quoque in principali, tunc fideiussor obligatur. Vt puta, si fideiussor se obliget in viginti, cum principalis debitor ad decem tantum esset obligatus, tenebitur fideiussor in decem, quia in viginti insunt decem. *arg. l. 1. § si stipulanti, ff. de V. O.* Illud postremo notandum est, quod si quis scienter fideiubeat in maiori summa, quam debitor principalis sit obstrictus, donare videtur, & in solidum tenetur. *per l. Campanus, ff. de op. liber. Notat Petr. Iaco. in pract. in for. libel. ff. de const. pecu.*

ASSERTIO LIV.

Fideiussoris obligatio non augetur ex mora Rei, vt ad vsuras, pœnam, aliasque accessiones teneatur.

IN hac difficili & perplexa quæstione, qua disceptatur, an fideiussor ex mora Rei, teneatur ad vsuras, pœnam, aliasque accessiones, probabilior & verior sententia tali distinctione explicatur. Aut fideiussor simpliciter constitutus est, & tunc ad sortem tantum obligatur, ad vsuras vero aliasque accessiones, quæ ex mora Rei accedunt, non tene-

tur. Probatur hæc decisio per *l. fideiussor, 10. C. de fideiuss.* vbi dicitur, quod ad hoc vt fideiussor teneatur ad vsuras, requiritur, vt nominatim in vsuras accipiatur, alioqui simpliciter acceptus, obligatur duntaxat ad sortem. Cõfirmatur & hoc per *l. vlt. ff. de fideiuss.* vbi ad pœnam in quam propter suam moram vel culpã debitor incidit, fideiussor non tenetur. Ratio est, quia cũ effectus contractus semper se referat ad tempus contractæ obligationis, *l. Rutilia, ff. de contr. empt.* non videtur fideiussor simpliciter intercedens, in aliud se obligare, quam intercessionis tempore debebatur. *l. per retentionem. & l. pignoribus, C. de vsur.* Aut fideiussor obligauit se in omnẽ causam actionis, vel in omne id, quod ex natura contractus debetur: & hic tenebitur in id quod interest, & in vsuras ex mora rei debitas. Hęc enim verba fideiussionis palam ostendunt, fideiussoris mentem hanc esse, vt ad accessoria quoque se obligaret. text. rotundus in *l. quæro. ff. loca. & l. initio. C. de pact. int. emp.*

Obiicitur *l. si posteaquam, ff. Rem. pup. sal.* vbi fideiussor qui pro tutore rem pupilli saluam fore cauit, tenetur in vsuras & fructus ex mora tutoris debitos. Resp. Hoc speciali fauore pupillorum indultum est contra fideiussores tutorum, vt ad omnes accessiones teneantur ex mora Rei, *l. 3. & 5. ff. de fide tut.* quemadmodum & alia multa singularia in gratiam

gratiam pupillorũ à legislatoribus sunt constituta. *Coras. lib. 2. Mis. c. 12.*

Secundo opponitur *l. 2. § vlt. ff. de adm. rer. ad ciuit. pert.* cui coniungenda est *l. fideiussores, 68. §. 1. ff. de fideiuss.* Vbi qui fideiussit pro conductore publicorum vectigalium, & simpliciter acceptus est, etiam iure in vsuras cõuenitur, nisi fideiusserit in certam summam, puta in centum aureos tantum. Dicendum est, illud ius singulare esse conductorum publicorum vectigalium vt fideiussores conductorũ vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt recepta, vt scilicet filiifam. non admittãtur ad eam conductionem *l. 3. ff. ad S. C. Maced.* vbi lex ait, eum videri patremfam. qui vectigalia conducta habet.

Tertio obiicitur *l. si quis pro eo, §. si nummos ff. de fideiuss.* vbi fideiussor qui pro eo interuenit, qui alienos nummos mutuo accepit, obligatur, si nummi cõsumti sint: & additur ratio, qui in omnem causam fideiussisse censetur, quæ ex numeratione nasci potest. Resp. Ibi nõ augetur fideiussoris obligatio ex mora debitoris, vt fideiussor in aliud præter sortem teneatur, sed inualida obligatio roboratur respectu principalis debiti. Mutuum namq; rei alienæ per consumtionem reconciliatur, sed non in alio quam in sorte *l. nam et si, 13. l. non omnis, 19. §. vlt. ff. de reb. cred.*

Quarto opponitur *l. quæro, 54. ff. loca.* vbi

fideiussor,qui pro conductore simpliciter fideiussit,tenetur etiam ad vsuras pensionum sua die non solutarum. Idq; ea ratione decisum est, quia oportuit eum adhibere diligétiã,ne differretur solutio pensionum. Resp. Ibi fideiussor nõ simpliciter intercessit,sed in omné causã fideiussionis se adstrinxit,hic tenetur ad vsuras,&fructus,&omni causa,quæ ex obligatione manare potest.

Quinto obiicitur *l.2.§.vlt. & l.seq.ff. Qui satis.cog.* vbi in fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promisit,tanti quãti ea res est,actio datur.Resp.Ideo fideiussor datus pro alio in iudicio sistendo,tenetur ad id quod interest, quia actio super qua reus principalis conueniebatur,originaliter ad id competebat. Ad id enim tempus,quo primum fideiussor dabatur,respiciendum est. Tunc enim ab origine actione proposita comprehensum fuerat, vt si reus non sisteretur, fideiussor ad ea tenetur, ad quæ actio à principio competebat.Vltra vero fideiussor non est conueniendus.*l.vlt.C.de fideiuss.* Vltimo obstat *l.1.§. bellissime.ff.Vt legá.no.cau.* vbi dicitur,si heres satisdedit legatorum nomine, quod ista satisdatio incrementum accipiat ex mora rei ad fructus,& vsuras.Resp.Hoc fit ideo, quia hæc est prætoria stipulatio.*l.1.ff.de præt.stip.* Atqui in stipulationibus prætoriis & iudicialibus obtinet,vt etiam omnes rei accessiones in futurum comprehendant. *arg. l.si stipulatus.*

pulatus.76.§.in verb.non vt in iudiciis etiam futurum.& ibi Donel.ff.de V.O.

ASSERTIO LV.

Fideiussor cuilibet obligationi accedit, etiam naturali tantum

OMni obligationi fideiussor accedere potest,& non solum naturali &ciuili obligationi simul,sed etiam naturali vel ciuili tãtum *l.1.ff. de fideiuss.* §. 1. *Inst.eo.* Vnde qui pro pupillo sine tutoris auctoritate naturaliter obligato fideiubet, non solum naturaliter, sed & ciuiliter obligatur,*l.Marcellus*, 25.*l.* 2. *l. fideiussor*,16.§.*fideiussor,ff.de fideiuss.l.si pupillus*, 127.*ff.de V.O.*

Sed *d.l. Marcellus*, grauiter obstat *l. is cui* 6.*ff.de V. O.* vbi dicitur, quod pro furioso & prodigo non interueniat vtiliter fideiussor; cuius contrariũ in *d l. Marcellus*, affirmatur. Respondet *Cuiac.ad d.l.6.*recte sub distinctione, Aut fideiussor intercessit pro furioso vel prodigo iure obligato, vt puta ex quasi contractu vel delicto obligato: quib. casibus iure obligatur,& tunc fideiussor efficaciter tenetur.*l furiosus*,46.*ff. de obl. & act.* Aut fideiussor intercessit pro furioso vel prodigo iure non obligato,vt puta quando stipulanti sine auctoritate curatoris promiserunt,& tunc fideiussor nec pro iis adstringitur.Eaq;distinctio comprobatur in *l. si à reo*, 70. §. *à furioso. ff.de fideiuss.*Quoties vero fideiussor pro debitore naturaliter tantũ obligato, vtputa pro

pupillo sine tutoris auctoritate promittente intercedit, efficaciter potest cōueniri, quāuis principaliter debitor actione pulsari nō possit. *l. vbicunque, 61. ff. de fideius. d. l. si pupillus.*

Secundo obstat huic decisioni, quod dicitur, fideiussorem non posse obligari in duriorem causam quam reum principalem. *l. Græce. §. illud. ff. de fideius.* Resp. Hoc ita intelligendum est, quod fideiussor nō possit in plus teneri, quam est in principali obligatione; potest tamē arctiori & efficaciori obligationis vinculo deuinciri: itaque non constituitur hic durior causa fideiussoris, sed firmior, & efficacior.

ASSERTIO LVI.

Exceptiones, quæ Reo competunt, etiam fideiussori conceduntur.

HÆc enunciatio aperte & disertis verbis traditur in *l. omnes, 19. ff. de excep. & l. defensiones, 11. C. eo. l. ex persona, 32. ff. de fideius.* Quæ tamen assertio tali distinctione temperatur, quod aut sunt exceptiones quę personę cohærent, & ex personali beneficio vel priuilegio reo competunt, & hæ non transeunt ad fideiussores. Aut vero propter rei negotiique naturam dantur; & hæ fideiussoribus quoque competunt. *l. exceptiones, 7. ff. de excep.*

Sed obstat vehementer *l. 1. C. de fideius.* vbi dicitur, quod Reo liberato, vt quia adempta parte bonorū exulare iuss' est, nihilomin' te-

nentur

nētur fideiussores. Resp. Reus principalis ibi non est liberatus: Cum enim bona eius propter delictum sint publicata, fiscus in illius locum, veluti heres succedit, qui pro ea parte, pro qua bona publicantur, loco principalis debitoris adhuc debere intelligitur.

Verum *d. l. 1* grauiter aduersatur *l. 4. ff. Qui satisf. cog. & l. sed etsi, 4. ff. Si quis cautio.* vbi condemnato capitis reo seu debitore principali, qui se iudicio sisti promiserat datis fideiussoribus, etiam fideiussoribus rei condemnati contra obligationem iudicio sisti datur exceptio. Resp *d. l. 1* loquitur, quando fideiussor pro principali debito, seu iudicato soluendo fideiussit, tunc enim debitore deportato nihilominus tenētur fideiussores. Aliud obtinet, quando fideiussor tātum promisit de debitore exhibendo & sistendo in iudicio, tunc enim exceptio competens Reo propter mutationē status, vt quia deportatus est, vel in exilium abiit, transit quoque ad fideiussores. Additio ad *Gl. in d. l. sed etsi, in ver. quid ergo, & ibid. Baro.*

Secundo grauiter pugnat cum *d. l. 1. C. de fideius. l. in fraudem, 45 §. si principalis. ff. de iu. fis.* vbi dicitur, principalis rei siue debitoris bonis ad fiscum deuolutis, etiam fideiussores liberari. Resp. Illa l. tractat de debitore ipsius fisci, qui fisco ex contractu obligatus erat, nō de alio debitore extranei, cuius bona postea in fiscum propter delictum redacta sunt.

Si huius debitoris bona ad fiſcum creditorem peruenerunt, id eſt, ſi fiſcus proprio debitori ſucceſſit, liberantur etiam fideiuſſores; nam creditor ſuccedit debitori, & obligatio confuſione tollitur. *l. Stichum, §. aditio. ff. de ſolut. l. debitori, C. de pact. Donel. ad l. 1. C. de fideiuſ.*

ASSERTIO LVII.

Exceptiones præſcriptionis, rei iudicicatæ, & iuriſiurãdi, debitori cõpetentes, fideiuſſori quoque præſtantur.

EXceptio præſcriptionis, quæ debitori principali competit, fideiuſſori quoque tribuitur, quandoquidem rei cohæret. *l. exceptiones, 7. §. 1. ff. de excep.* Quod autem rei cohæreat, inde manifeſtum eſt, quod obligationem concernat, & pleniſſimam ſecuritatem pariat, ac ſit ſolutioni ſimilis. *l. ſi pupillus 45. ff. de adm. tuto.* Inſuper præſcriptio antecedens impedit, ne fideiuſſor obligetur, ergo & ſubſequens idem operabitur, *l. ſi quis poſtquam, 37. ff. de fideiuſſ.*

Verum obiicitur, quod præſcriptione non tollatur naturalis obligatio, cum tempus nõ ſit modus tollendæ obligationis. *l. obligationum. 44. §. 1. ff. de obl. & act. fa. l. atqui. natura 19. in princ. ff. de neg. geſt.* vbi dicitur, quod qui tempore liberatus eſt, etiam poſt tempus debitor manet. Ergo fideiuſſor ea exceptione ſe tueri nõ poteſt, cum & pro naturaliter obligato debitore fideiuſſor efficaciter interue-

niat.Resp. Licet naturalis obligatio supersit, tamē est ea sine effectu, cum sine radice, hoc est, principali obligatione consistere nequeat. *l.vlt.§.vlt.ff. Rem rat.hab.l sicut. l. omnes. C. de præs.30. an.* vbi dicitur, quod qui præscriptione 30.vel 40.annorum nititur, plenissima securitate munitus est: ergo omnis effectus naturalis obligationis tollitur.

Porro, quod exceptio rei iudicatæ, quæ competit debitori per sententiam absoluto, etiam fideiussori eius competat, item quod exceptio iurisiurandi debitori competens, fideiussori quoque concedatur, euidenter probatur in *d.l.exceptiones & l.in duobus,28 §. 1.& l.vlt.§.vlt.ff.de fideiuss.*

Sed obiicitur *l.vbicunque, 60 ff. de fideiuss.* vbi dicitur, vbicunque Reus ita liberatur à creditore, vt natura debitum maneat tenetur fideiussor.Sed post rem iudicatam remanet naturalis obligatio.*l. Iulianus,60.ff.de cōd. indeb* Ergo reo quantumuis liberat, nihilominus fideiussor obligatus manebit. Resp.Vbicunque quis pro ciuiliter&naturaliter obligato intercessit, sublata ciuili obligatione, fideiussor quidem stricto iure adhuc tenetur. liberatur tamen ope exceptionis. *Accur. in l. vbicunque.in fine.*

ASSERTIO LVIII.

Obligationib.ex delicto fideiussor accedere potest

QVod obligationib.ex delicto fideiussor adhiberi potest, euidenter confirmatur

per *l. Græce,9.§.sed etsi,4.* & *l.si quis pro eo, 56. ff.de fideiuss.*

Obiicitur *l.1.* & *3 .ff. de custo.* & *exhib. reo.* vbi traditur, in criminalibus causis Reum carceri mancipandum esse, neque fideiussores vllos pro Reo interuenire posse. Res. sub distinctione. Aut pœna corporalis propter delictum imponi debet:& tunc pro Reo carceri inclusio fideiussores nõ sunt accipiendi. *d.l.3.* Ratio duplex est:Prima, quia nemo suæ vitæ,suorumque mẽmbrorum est dominus. *l.liber homo,13.ff.Ad l. Aquil.* vnde nec pro aliquo se ad pœnam corporalem obligare potest. Altera ratio est,quia si reus animaduerteret se sententia corporaliter damnatum iri, fuga profecto sibi salutem quæreret, hac ratione sententiæ executionem euitaturus; atque ita iudicium redderetur elusorium,cum ab ipso fonte sumi supplicium nõ posset,nec fideiussor vice eius pœnam sustinere teneretur,quia pœnæ suos debent auctores tenere. *l.sancimus.C.de pœn.* Aut delicto tantum pœna pecuniaria imposita est, & tunc reus sub fideiussoribus è custodia dimittendus erit. *d. l.1.* & *l.4.ff.de custod.reo d. l.si quis pro eo. §. vlt. l.eos.§.super his.C.de appel.* Ratio est, quia sicuti ab ipso Reo, ita & ab eius fideiussore huic pœnæ satisfieri potest, cum non agatur de damno corporis,sed pecuniæ.*arg.l. deniq. cum l sequ ff.de in.fis.* Hæc distinctio vnanimi cõsensu atq; suffragio DD.approbata est. *Bar.* & *DD.*

& DD. in l. 1 ff. de cust. reo. Azo. in Sum. C. eius. tit. Gomez. de delict. 9. c. n. 8. VVesem in parat. ff. de cust. reo. nũ. 5. Itaq; fideiussor non potest interuenire pro Reo, vt se obliget ad pœnam corporalem.

Verum iterum obiicitur *l. si Barsatorem. 13. C. de fideius.* vbi qui promisit, se exhibiturum latronem, si non faciat, remittitur puniendus ad præsidem prouinciæ. Resp. Hæc l. sic accipienda est. Quod qui promisit se exhibiturũ latronem, compellẽdus est, vt vel is exhibeat latronem stipulatori, vt is contra eum de iure suo statuat, vti existimauerit: aut vt eum scilicet latronem trãsmittat ad magistratum, qui in illum inquirat, & puniat. *Donel ad d. l. 13.* Quod si fideiussor Reum dolo malo non exhibeat, punietur secundum motum seu arbitrium iudicis, vel consuetudinem, extra ordinem, *l. 4. ff. de custo. Reo. l. 2. C. Ad S. C. Turp.* Imo & corporaliter puniri potest fideiussor, si dolo vel fraude eius reus fuga elapsus sit, vt si dolose eum celauit, vel fugæ eius auxilium aut subsidium subministrauit. *l. pen. C. de cust. reo. l. si Barsatorem, 13. C. de fideius. Wesem. in parat. de custo. reo. num. 4. & 6.*

ASSERTIO LIX.

Pactum de nõ petendo inter debitorem & creditorem initum fideiussori quoque prodest.

SI pactus est debitor cum creditore, ne à se pecunia petatur, hoc pactum fideiussori quoq; proficit, vt is à fideiussoria obligatio-

ne liberetur; tex. est in *l. vlt. ff de pact.* Ratio est, quia debitoris interest obligationem fideiussoris dissolui, ne ipsa à fideiussore actione mandati aut negotiorum gestorum iterũ conueniatur. *l. quod dictum, 32. ff. de pact. l. 4. ff. de neg. gest.* Quod adeo verum est, vt quamuis debitor postea iterum pactus sit, vt à se peti liceat, tamen prioris pacti vtilitas fideiussori suo sine consensu suo auferri nequeat, *d. l. vl.* vbi dicitur, verius esse exceptionem pacti fideiussori semel quæsitam, vlterius ei inuito extorqueri non posse.

Huic assertioni obiicitur *l. si vnus, 27. §. pactus. ff de pact.* vbi Paulus IC. ait, quod prius pactum à debitore interpositum, per subsequens eius pactum eligatur, & extinguatur, & deinde subiungitur, eademque ratione eueni re, ne prius pactũ fideiussoribus prosit. Resp. Iste §. intelligendus est de pacto fideiussoris, non de pacto rei, vt quemadmodum prius pactum per posterius eliditur, Reo paciscente postea de petendo, cum prius conuenisset de non petendo, debito, ita quoque fideiussoris prius pactum elidetur per posterius, ab eodem fideiussor interpositũ. Talis itaq; adhibenda est distinctio: Aut vtrunque pactum fit à debitore principali; & tunc fideiussor semel liberatus debitoris pacto, nõ potest iterum obligari, debitoris contrario pacto sine suo consensu inito. Aut pactum vtrumque factum est à fideiussore; & tunc extra

tra controuersiam sibi præiudicat. Igitur in *d.l.si vnus.§.pactus*, fideiussor fecerat vtrunque pactum, vnde posteriori pacto de petẽdo initio; consensu suo sibi nocet. In *d.l. vlt. vero, ff. de pact.* vtrumque pactũ initum fuerit à debitore, quocirca prius pactum de non petendo à debitore interpositum, fideiussori prodest posterius pactum de petendo non nocet. Semel enim quæsita liberatio fideiussori per pactum rei non potest ei inuito auferri sequenti contrario debitoris pacto.

ASSERTIO LX.

Omnium obligationum fideiussor accipi potest

DEcisio hæc clare & expresse tradita extat in *l.1 & 2.l.Græce, 8.§. à tutore. ff. de fideius.§.1. Inst. eo.*

Sed obstat *l cum filiusfamilias, 49.§.1. ff. de V O* vbi dicitur, si fideiussor accessit obligationi nõ faciendi, puta si debitor promisit, se non impediturum, quominus àctori ire, agere liceat, fideiussor non tenetur, si ipse contra stipulationem faciat. Resp. Quãdo est tale factum, quod eundem effectum habet, à quocunque fiat, tunc fideiussor tenetur, vt si restitutioni commodati vel depositi accessit fideiussor: interest enim mea rem meam habere à quocunque, *l.2. ff. de fideius.* Aut tale est factum, quod non potest à diuersis æque commode & artificiose præstari, vt quia censetur electa personæ industria & peritia, puta in domo vel naui fabricãda; & tũc fideius-

ſor præſtans quod debitor promiſit, non liberatur *l. inter artifices, 31. ff. de ſolut.* Vel ſi in principali obligatione debitoris perſona tãtum eſt comprehenſa, tunc fideiuſſor quoq; non tenetur, ſi ipſe contra principalem contractum quid faciat.

Secundo aduerſatur, quod alieni facti promiſſio eſt inutilis, ergo obligationi, qua debitor factum promittit, fideiuſſor nõ adſtringitur. Reſp. Fideiuſſor ſe pro debitoris facto eatenus obligare poteſt, vt promittat creditori vel ſtipulatori quãti eius intereſt. *l. ſtipulatus es. 44. ff. de fideiuſ.*

Porro & fideiuſſor pro naturali obligatione vtiliter adhiberi poteſt. *l. fideiuſſor, 16. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſ.* poteſtq; conueniri efficaciter, quamuis debitor principalis iudicio pulſari non poſſit, *l. vbicunq;, 61. ff. de fideiuſ.*

Obiicitur tamen *l. ſi quis poſteaquam, 37. ff. de fideiuſ.* vbi dicitur, ſi debitor præſcriptione liberatus eſt, fideiuſſor quoque non tenetur, cum tamen maneat adhuc naturalis obligatio. Qui enim tẽpore liberatus eſt, etiam poſt tẽpus debitor manet. *l. atqui natura, 19. ff. de neg. geſt.* Reſp. Licet ſuperſit naturalis obligatio poſt præſcriptionẽ, tamen ea eſt ſine effectu & plane inefficax. *l. vlt. §. vlt. ff. Rẽ rat. hab. l. ſicut. & l. omnes. C. de præſcr. 30. an.* vbi dicitur, quod qui 30. annorum præſcriptione nititur pleniſſima munitione ſecutus eſt.

Secundo refragatur *l. qui contra. 11. ff. de fideiuſ.*

deiuſ. vbi pro filiofam. qui mutuum accepit contra SC. Macedonianum, fideiuſſor acceptus non obligatur, cum tamen filiusfam. naturaliter obligetur. Reſp. Ibi fideiuſſor ideo non tenetur, quia filiusfam. pro quo interceſſit fideiuſſor, mortuus eſt, & ſic extincta eſt naturalis obligatio, cum nullus ſit heres filiofam. iure iſto: ideoq; cum mortuo filiofam. ſublata ſit naturalis obligatio, pro ea fideiuſſor accipi non poteſt. Verum quia pater peculiotenus obligatur, pro illa actione, quæ aduerſus patrem competit, fideiuſſor accipi poteſt. *l. creditorem, 18. ff. ad SC. Maced. Conna. lib. 7. Com. c. 6. num. vlt.*

ASSERTIO LXI.

Pœnæ ſtipulatione non nouatur principalis obligatio.

COnfirmatur hæc theſis his argumentis: Pœnalis ſtipulatio eſt acceſſoria ad principalem: at acceſſorium non debet nouare principale, *arg. l. qui vſumfructum, 58. ff. de verb. obl.* Altera ratio. Pœna adiicitur principali contractui fauore creditoris, vt timore pœnæ debitor ſeruet promiſſa, *arg. l. 1. C. de arbit.* Non ergo debet contra partium intentionem pœna operari nouationem, & damno eſſe creditori.

Tertio probatur aperte theſis per *l. ita ſtipulatus, 115. §. Sabinus ff. de V. O.* vbi dicitur, ſi quis promittat Stichum, etſi Stichum non ſoluat, decem dari polliceatur, non ante pœ-

na committitur, quam promissor interpellatus est in mora soluendi hominem: quo casu pœna non nouat, si promissor super principali debito adhuc interpellari potest. Aperte etiam probatur hæc thesis per *l. si quis a socio*, 41. *cum l. seq.* & *l. duo societatem*, 71 *ff. Pro soc.*

Obiicitur *l. 1. §. item si ita. ff. Ad l. Falc.* & *l. si penum. ff. Quan. di. leg.* Vbi dicitur, si heres damnatus sit penum dare, & nisi dederit, certam pœnam præstare iussus sit, tunc si heres sit in mora dandi penoris, deberi pœnã. Vnde colligitur, per pœnæ adiectionẽ fieri nouationem, siquidem nouatio est prioris debiti in aliud transfusio. Resp. Cum penus legatur, & nisi detur, pœna subiicitur, tũc mora facta in danda penu, peti potest pœna: *l. cũ fine. l. si penum. ff. Quan. di. leg.* Ante moram penus est in petitione & præstatione, post moram penus non est in obligatione seu petitione, sed in præstatione tantum, cum vsq; ad litem contestatam heres offerendo penum liberetur à pœna: *l. 1. ff. de pen. leg.* Igitur mora operatur translationem seu ademtionem penoris potius, quam nouationem penoris in legatum pecuniæ. Idque receptum est propter naturam penus, quæ facile corrumpi potest, ideoq; longiorem dilationem in pręstando non fert. Nulla ergo hîc fit proprie nouatio, cũ penus post moram & transfusionem præstari possit vsque ad litem contesta-

testatam. *Duare.ad d.l ita stipulatus.*

Secundo obiicitur *l.obligationum,44.§.fi. ff.de obl.& act.* vbi dicitur; quod si quis praecedenti stipulationi,qua stipulatus est nauē fieri, subiiciat pœnalem stipulationem certae pecuniae,quod quasi nouatio prioris stupulationis fiat.Resp.Ideo pœna ibi operatur quasi nouationem, quod praecessit obligatio facti, puta nauem vel domum fieri, in qua stipulatione post moram fit trāsfusio obligationis faciendi in obligationem pecuniae, etiamsi pœna nulla sit promissa.*l.72.ff.de V.O.* Vnde mirum non est,post moram quasi nouatione facta pœnam solam deberi.Non tamen est vera nouatio, cum promissor super facto conuentus, vsq; ad litem contestatam factum offerre possit,*l.si insula,84.ff.de V.O.* Operatur ergo pœna non verā nouationem, quae facti obligationem tollit, sed vmbram quandam nouationis,eatenus,quatenus post litem contestatā factum non amplius offerri potest.Ita pulchre tradit *Zaz.in sing.intel.c.4.*

ASSERTIO LXII.

Debitū purū stipulationis conditionali nouatur.

PRobat hoc enunciatum *l.pecuniam,36.ff. de reb.cred.* Vbi deciditur,quod si debitor id quod alteri pure debet,iussu sui creditoris alteri creditori sub conditione promittat,nō possit creditor prior,cui pure debetur;id debitum, pendente cōditione, petere,quia per conditionalem promissionem posteriorem

effectus prioris obligationis puræ suspenditur, quasi tantisper dum pendet cōditio, nouationis effectum habeat. *l. obligationum, 44. §. fi. ff. de obl. & act.*

Huius sententiæ contradicit Paulus in *l. pure, 5. ff. de excep. dol* vbi quod alicui pure debetur, si sub cōditione legetur, heredem interim nihilominus debitū petiturum affirmat. Resp. sub distinctione, quod aliud in testamentis, aliud vero in contractibus hoc casu obseruatur *arg. l. is cui, 42. ff. de act. & obl.* Ratio diuersitatis est, quod in stipulatione conditionali, qua creditor à debitore, qui alteri pure debebat, sibi sub conditione stipulatus est, omnium contrahentium consensus intercessit, creditoris, debitoris, & tertii, cui iussu creditoris, debitor pecuniam quā pure debebat, sub conditione promisit. Ad quem ex eiusmodi cōtractu fructu nouatæ obligationis per cōditionalem delegationem pertinebit: *d. l. pecuniam. d. l. obligationum. §. conditio.* E contra, quia in testamentis ab vnius voluntate dependentibus, nullus contractus intercedit. *l. verba. 20. ff. de V. S.* heres pecuniam medio tempore testari debitam sub conditione alteri legatā, interim recte à debitore petet. *d. l. 5.* Quia nihil cum debitore gestum, nihil contractum est, nullave nouatio inita est, sed cum legatario tantum, cum quo heres adeundo hereditatem, quasi contraxisse intelligitur, *l. 3. §. vlt. ff. Ex qu. cau. in poss.* Cu-

ius

ius nihil intereſt legatum ſibi ſub cõditione pecuniã heredi interim, pendẽte cõditione, ſolui, præcipue ea ratione, quod heres ei cauet, ſe legatum exiſtente conditione ei reſtituturum. *d.l.5. Forner. ad l. creditor, 55. ff. de V.S.*

ASSERTIO LXIII.

Creditori inuito ante diem recte ſolui poteſt.

HÆc ſententia aperte probatur in *l.38.§. inter ff. de verb. obl.* vbi dicitur, quod in obligationibus in diem totum medium tẽpus promiſſori ad ſoluendum liberum relinquitur. Si non licet inuito creditori ſoluere ante diem, vel ſi creditor poſſet ſolutionem ante diem recuſare, non eſſet debitori tempus medium liberum ad ſoluendum. Idem traditur *in l. quod certa, 70. ff. de ſolut.*

Obiicitur *l. Qui Romæ. 122. in princ. ff. de verb. obl. & l. Iabolenus, 15. ff. de ann. lega.* vbi dicitur, quod debitor diem, ante diem non recte ſoluit. Reſp. In iſtis legibus dies fuit appoſita in gratiam creditoris ſeu ſtipulatoris, ideoque ei inuito non recte ſoluitur ante diem, quia vtilitas temporis contrahentium conuentione, vel teſtatoris conſenſit ſemel creditori conceſſa, non debet eo inuito auferri. In dubio autem præſumitur dies adiectus in gratiam debitoris, ideoque poteſt etiam debitor ante diem ſoluere, quia quilibet poteſt fauori pro ſe introducto renũciare, *l. eum qui, 41. §. vlt. ff. de V.O. l. cum tempus, 17. ff. de R.I.*

Opponitur etiam *l.sed si ante,*10.*ff.ad SC. Trebel.*vbi heres qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non recte restituit. Ergo debitor soluendo ante diem non liberatur. Cum tamen aduersatur *l.post mortem.C.de fideicom.* Vbi heres rogatus restituere hereditatem post mortem,etiam ante mortem recte restituit.Respondet Castrẽsis; Heres qui ad diem rogatus est restituere hereditatem,non tenetur ante diem hereditatem in fideicommissarium transferre:si tamen vult sponte hereditatem restituere,hoc potest in sui praiudicium facere,vt scilicet actiones,quæ heredi contra debitores hereditarios competebant, transferãtur in fideicommissarium.*d.l post mortem,& ibi Castren.*

Tertio aduersatur *l.item illa,*18.*ff.de const. pecu.*vbi dicitur , quod creditor ante diem constituti recusare possit debitas pecunias accipere.Resp. Verum quidem est creditorem ante diem constituti recusare posse solutionem debiti, & nihilominus illi competere actionem de constituta pecunia, si res debita adhuc extet. Itaq; l. illa hoc modo accipienda est, quod si creditor ante diem constituti recusauit solutionem accipere, possit nihilominus agere actione pecuniæ constitutæ ad soluendum,si tempore constituti paratus sit accipere,si scilicet res adhuc sit integra;id est,si res promissa adhuc extet. Sic enim & cæteri omnes creditores,licet in accipiendo

piendo moram fecerint, tamen nihilominus habet actionem integrã, quam diu res promissa adhuc extat. *l. illud. ff. de peri. & com. rei vend* Vnde quod dicitur in *d. l. item illa*, actori non nocere, si promissum ante diem debitum oblatum recusauit accipere, non simpliciter negat nocere, sed negat nocere ad actionem constitutæ pecuniæ, si res promissa adhuc extet. Ex quo sequitur in aliis rebus ei nocere, quod recusauit accipere ante diem oblatum. *Donel. ad l. eum qui. §. vlt. ff. de V.O.*

ASSERTIO LXIV.

Recte ei soluitur, qui solutionis gratia adiectus est, modo post stipulationem conditio eius non sit in deterius mutata.

Recte ei soluitur, qui solutionis gratia cõtractui est adiectus, ill que si soluat promissor, liberatio ipso iure contingit, perinde ac ipsi stipulatori soluisset. *l. vero, 12. §. 1. l. si ita stipulatus, 59. ff. de solut.* Dicitur autem adiectus stipulationis gratia, cum quis alternatiue sibi aut Titio dari stipulatur. In hac enim stipulatione consistit obligatio solum in stipulatore, eique actio acquiritur, sed tamen Titio recte soluitur, qui adiectus dicitur, licet ei non competat ex stipulatu actio. *§ plane. Inst. de inut. stip. l. vlt. §. vlt. ff. de V.O.*

Tum demum autem adiecto recte soluitur, si post stipulationem conditio eius non

ſit mutata in deterius. Nã ſi poſt ſtipulatio- nem ſtatus eius mutetur in deterius, vt puta ſi in adoptionem datus ſit, vel in exilium i- uerit, vel ſeruus factus fuerit, nõ recte ei ſol- uitur, vt contingat liberatio. Ratio eſt, quia ea conditio huic ſtipulationi ineſſe videtur, vt recte tum demum ſoluatur adiecto, ſi in eodem ſtatu permaneat, *l. cum quis ſibi, 38. in princ. ff. de ſolut.*

Sed è diametro pugnat cum hoc reſponſo *l. Stichum, 95. §. vſumfructũ. ff. de ſolut.* vbi di- citur, ſi quis vſumfructum ſibi aut Titio da- ri ſtipulatus ſit, etiam Titio adiecto capite di- minuto recte ſolui. Reſp. Ibi Titius adiectus fuit capite minutus eo tempore, quo ſtipula- tio interponebatur, quod ex ſimili ſtipula- tione à IC. ſubiecta facile colligi poteſt. Nam vt ſubiungit IC. quemadmodum quis recte ſibi aut Titio, cum capite minutus erit, vſumfructum dari ſtipulatur, ſic etiam ſibi aut Titio iam ante ſtipulationem capite mi- nuto recte quis vſumfructum dari ſtipula- tur, ſcilicet cum tempore ſtipulationis Titi- us iam capite minutus erat. Ita recte notat *Cuiac. ad l. cum quis, 55. ff. de V. O.*

ASSERTIO LXV.

Aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt.

REgula hæc traditur in *l. 2. §. 1. ff. de re cred.* & deſumta eſt ex definitione obligatio- nis, tradita in *Inſt. tit. de obligat.* Nam cum obligatio ſit iuris vinculum, quo neceſſita- te de-

te debitor adſtringitur ad ſoluendum debitum in contractum deductum, repugnat naturę obligationis, aliud pro alio inuito creditori ſolui.

Huic axiomati primo aduerſatur *l. eũ qui, 16. cum Auth. ſeq. C. de ſolut.* vbi traditur, quod debitor, qui nõ poteſt propter inopiã pecuniam debitam exoluere, in ſolutum poſſit creditori etiam nolenti dare prędia pro quãtitate debita. Reſp. Hoc fit propter neceſſitatem, vt puta ſi debitori non ſuppetit aliũde facultas pecuniam exoluendi; tũc enim creditor pro quantitate debita prædia inſolutũ accipere cogitur.

Secundo repugnat *l miles. §. decem, ff. de re. iud.* vbi aſſeritur, quod dominus noxali actione condemnatus, vel damnum ex maleficio ſerui illatam reſarciat, liberatur ſeruum noxæ dedendo. Reſp. Hoc in caſu dominus hãc poteſtatẽ aliud pro alio debito exoluẽdi, habet ſibi à iure tributã, vnde iure facit, ꝙ ex poteſtate ſibi à lege cõceſſa, aliud pro alio ſoluit.

Tertio obſtat *l. ſi domus, 71. §. qui confitetur. ff. de leg. 1.* vbi ſtatuitur, quod ſi teſtator legat alicui rem alienam, & dominus eam vendere nolit, vel forte immenſo pretio vendere cupiat, tunc ſufficit pro ſpecie legata iuſtam æſtimationem etiam inuito legatario ſoluere. Reſp. Hoc ſimiliter propter neceſſitatis cauſam receptum eſt, quia non poteſt heres rem à vero domino redimere, niſi immodico &

vt ex defuncti maleficio heres etiam lucrum non sentiat, quia turpia lucra heredibus extorquenda sunt, ne alieno scelere ditentur: *l.in heredem.ff.de calumn.* Porro notandum, quod ipsæ pœnales actiones furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, aduersus heredes non dentur, sed conuenitur heres de eo quod ad ipsum peruenit, actione in factum, vel cōdictione furtiua, *l. 2.§. vlt.ff. Vi bo. rap.l.itaq. 38.ff.de dolo.gl.in l.vnic.C.Ex delic. defun.* Ratio est, quia istæ pœnales actiones ex delictis sunt famosæ, ideoque nō debent contra heredes delinquentis intentari, ne propter alienum delictum ex nomine actionis heredibus irrogetur infamia.

Aduersatur huic doctrinæ *l. vnica. C.Ex delic.defun.* in qua statuitur, heredem teneri de vi à defuncto commissa. Resp. Hoc nō est accipiendum de vi ablatiua, ex qua competit actio vi bonorum raptorum, quæ in heredē raptoris non datur, sed de vi compulsiua, & quæ incidit in edictum, Quod metus causa; quæ actio non est mere pœnalis, sed mixta, ideoq; cōtra heredes vim metúve inferentis datur. *Sturtius ad l.ficuti,38.ff. de R. I.* Excipitur ab hac regula sola condictio furtiua, quæ datur contra heredes furis in solidum, etiamsi ad eos nihil peruenit. *l. in condictione,9. ff.de cond.furt.§.vlt.Inst.de obligat.ex delict.*

ASSERTIO LXVII.

Pro eodem crimine, & ciuiliter & criminaliter agi potest.

QVoties pro eodem crimine & ciuilis & criminalis competit actio, vtraque licet experiri, nec vna actione intentata altera cõsumitur. Traditur hæc generalis definitio in *l. vnic. C. Quan. ciu. act. crim. præiud.* Textus est elegans in *l. qui nomine, 25. ff. ad l. Corn. de fals.* vbi pro regula traditur, quod ex quocunque maleficio potest quis accusari criminaliter, ex eodem potest agi actione in factum ciuiliter. Sic intentata actione vi bonorum raptorum, adhuc est locus iudicio publico legis Iuliæ de vi. *l. 2. § 1. ff. Vi bo. rap.* Item si quis seruum alienum surripuit & subduxit, furti tenetur, & plagii, & vna actione intentata patet regressus ad aliam, *l. si quis seruum, C. Ad l. Fau. de plagiar.*

Obstat huic assertioni *l. interdum, ff. de pub. iud.* vbi dicitur, instituto priuato iudicio de aliquo crimine, præiudicium fieri iudicio publico. Duplex est responsio: *Acc. & Bart. hanc l.* ita interpretantur, quod, pendente iudicio, super actione ciuili, non potest criminalis accusatio intentari, super eodem crimine, sed finito ciuili iudicio per sententiam, non prohibetur quis criminalem actionem proponere. *Baro & Borcholt ad tit. Inst. de l. Aquil.* respondent, quod instituto iudicio priuato de crimine non præiudicetur publico, ita vt ampli-

amplius agi non possit, sed in probatione delicti, iudicium priuatum ante finitum iuuabit aut vrgebit Reum in executione criminis publici. Præiudicium enim hic significat argumentum & exemplum, quod sequantur iudices in criminali iudicio. Sensus ergo *d. l. interdum*, est quod instituto prius iudicio priuato, præiudicium fit publico, hoc est, ex ciuili iudicio prius finito, sumitur exemplum, quod iudices in criminali iudicio sequantur.

Secundo aduersatur *l. Prætor. 7. §. 1. ff. de iniur.* vbi dicitur, pro iniuria illata ciuiliter & criminaliter agi non posse, sed vna actione intentata alteram consumi. Resp. Ibi vtraque actio competit ad vindictam, ideoq; vna intentata, altera consumitur: quia iniquum est eandem rem bis in iudicium deduci. Aliud est quando ciuilis actio persequitur rem familiarem; tunc enim ciuili iudicio intentato non consumitur criminale, & econtra. Ita respondent *Acc. & Bart. in d. l. Prætor.* §. 1. quod approbat *Cuiacius lib. Obser. 24. c. 16.*

ASSERTIO LXVIII.

Pœnæ à legibus nominatim delictis sunt impositæ, neque pendent à mero iudicis arbitrio.

POEnæ siue eæ capitales sint, siue non, sed pecuniariæ, aut alterius alicuius generis, non mero iudicis arbitrio infliguntur, sed legum vel constitutionum auctoritate delictis

irrogantur. *l.1.§.1.ff.Ad S C Turp l.si qua pœna,244.de V.S.l. ordine.ff.ad Munie.* Imo iudex infamia notatur qui minorem pœnam, quam leges statuunt, delictis imponit. *l. sernos, 8.C.Ad l Iul.de vi pub.* vbi pari pœna, quã leges crimini irrogant, punitur.tex: est notabilis in *l.3, in fi.C.Ne sacr. bap.ite, l.2. C.de commerc.*

Sed aduersatur, quod traditur in *§. in summa.Inst. de iniur.& l.hodie.ff.de pœn. l.3. C. Ex qu.cau.irr.infam.l. quid ergo, §.pœna grauior, ff.eo.* pœnas ex arbitrio Iudicis delictis infligi, & modo grauiores, modo leuiores, quam leges præscribunt, imponi. Resp. Nulla pœna arbitraria est delictorum, quæ non sit certa aliqua parte iuris constituta, vt ita non pendeat à mero iudicis arbitrio, sed arbitrio legibus confirmato, atque consentaneo. Quod ergo legibus prædictis affirmatur, pœnas arbitrio iudicis irrogari, hoc eam significationem habet, quod non suo iure iudex hanc arbitrandi potestatem habet, sed legis beneficio, ita tamen vt secundum legum præscriptum teneatur arbitrium suum in pœnis decernendis informare. Habet itaque adhuc in his arbitrariis pœnis illud axioma Papiniani locum, quod extat in *d.l.1.§.1. ff.Ad S. C.Turpil.* facti quidem quæstionem esse in arbitrio iudicis, pœnæ autem executionem eius arbitrio non concedi, sed legis auctoritati reseruari. Ita tradit *Maranta in*

dispu-

disputation. legalibus. disput. 3. & Goda. ad l. aliud fraus est, 131. ff. de V.S. Vel ita potest responderi: Pœnæ omnes lege definitæ & certę sunt, vt furti pœna est duplum, vel quadruplum, si agatur iure ordinario, tunc enim iudex eam augere vel minuere non potest: *d. l. 1. §. 1. ff. ad S.C. Turp.* Si vero agatur iure extraordinario, tunc potest pœnam immutare. Porro hodie omnia iudicia sunt extraordinaria, & non agitur amplius ex præscripto formularum. Ergo hodie pœnæ legitimæ delictorum non durant, sed iudicis arbitrio infliguntur, quia omnia aguntur extra ordinem, & sic accipienda est *l. hodie, 13. ff. de pœn.* Denique potest & hoc pro conciliatione adferri, quod iudex non possit absolute vel simpliciter, sine aliqua iusta & speciali causa pœnas legum mutare, minuere, vel augere. Verum ob certas iustissimas rationes & causas, pœnas à legibus præscriptas mitigare vel augere potest *d. l. 3. C. Ex qu. cau irrog. infam.* Ita tradit eleganter *Chassan. in consu. Burgund. rub. 1. §. 5. in verb. corporellement.*

Obiicitur & hoc argumentum. In *l. respiciendum, 11. ff. de pœn.* traditur, iudicem debere in leuioribus causis proniorem esse ad clementiam; in grauioribus vero causis, seueritatem legum cum aliquo temperaméto benignitatis subsequi. Ergo licet illi pœnas à legibus delictis impositas mitigare, vel remittere. Ad hoc argumentum respondet *Glos. in*

l.hodie.ff.de pœn. quod ita demum possunt Iudices benignitate & lenitate vti in puniendis criminalibus, quando nulla certa pœna legibus est nominatim imposita; tūc enim iudices ad clementiam proniores esse debent, & rigorem sententiæ temperare.

ASSERTIO LXIX.

Pœna regulariter in popularibus actionibus non fisco, sed actori applicanda est.

ACtionum popularium hæc est natura, vt quicquid ex earum exercitio redigitur, actori applicetur. *l.vlt.ff.de litig.l.3.in pr.ff.de sep.viol.* vbi dicitur, quod agenti actione populari de sepulchro violato, pœna sit persoluenda. Comprobat hanc decisionem *l.vt si cui ex emto,12.ff.de V.S.* vbi traditur, quod per litis contestationem popularis actio, quæ antea erat totius Populi, nunc ad priuatum actorem transferatur, ita vt creditor sit ille, qui litem contestatus est in populari actione & iam illi pœna debeatur. Facit ad confirmationem huius decisionis, quod alias hæc iudicia non recte actiones dicerentur, cum actionibus actor persequatur quod sibi debetur. *Inst.de act.in princ.* Præterea cum sub titulo *Inst.de actio.in §.pœnales 12.* de his popularibus actionib⁹ tractetur, sub præmissa quoque definitione actionis, qua actio definitur ius persequēdi in iudicio quod sibi debetur; populares actiones comprehendi probabilius

lius est. Hanc sententiam tuentur *Goda. ad d. l. 12. nu. 15. & seqq. de V. S. Donel. & Baro ad princ. tit. Inst. de actio.* A quibus reliqui fere interpretes dissentiũt, quorum argumentis respondebo.

Primo obiicitur *l. 3. ff. de ter. mo.* vbi dicitur 50. aureos ex lege Agraria in publico dandos esse ab eo, qui terminos extra suos fines mouit. Resp. Hoc in versic. sequ. *Et eius actionem ei qui volet, esse iubet*, sic declaratur, vt scilicet pœna aureorum 50. in publico danda sit, hoc est, ex populari actione soluenda, quamuis eius pœnæ persecutio siue exactio sit priuata, futura scilicet eius, qui volet agere, quoties scilicet ex lege Agraria agetur ciuiliter. Nam si criminaliter agatur, secus est.

Secundo obstat *l. 3. §. Diuus, ff. de sep. viol.* vbi qui in ciuitate mortuos sepeliunt, 40. aureos fisco inferre iubentur. Resp. *D. §. Diuus*, agit de criminali huius delicti persecutione, quando nõ ciuili illa actione populari de sepulchro violato, quæ ex edicto Prætoris est, *l. 3. in princ. ff. eo. tit.* sed criminali accusatione quis experitur.

Tertio repugnat *l. lege Cornelia 25. §. ex hoc edicto ff. Ad SC. Sylla* vbi dicitur, quod pœna exacta populari actione sit diuidẽda inter actorem & fiscum. Resp Hoc non est generale in omnibus popularibus actionibus, cũ id specialiter in ea populari actione S C. Syllaniano cautum inueniatur, qua speciali legis

decisione opus non fuisset, si id quoque in cæteris popularibus actionibus regulare fuisset. At casus specialis arguit regulam generalem esse in contrarium. *Dec. ad l. 1. ff. de R. I.*

ASSERTIO LXX.

Furti actio datur etiam pro re modica.

Comprobatur hæc assertio in §. *Gallinarum, Inst. de rer. diui.* vbi dicitur, etiam in gallina surrepta furtum committi. Huc facit *l. si proprietarius, ff. de dam. inf.* vbi dicitur, etiam pro minimo damno competere actionem furti.

1 Sed aduersatur plurimum *l. si quis affirmauit, 9. §. vlt ff. de dolo ma.* vbi dicitur, doli actionem non competere, nisi quis deceptus sit vltra duos aureos. Resp. Actio furti est ordinaria & legitima: atqui huiusmodi actiones dātur etiam pro re minima: sed actio doli est subsidiaria & extraordinaria, ideoq; non datur pro re modica. Adde quod furtum multo grauius est dolo, vnde & facilius dabitur actio furti pro summa vel re modica subrepta quam doli actio.

2 Secūdo refragatur assertioni *l. scio, 4. ff. de in int rest.* vbi dicitur, de re modica vel minima summa non curare Prætorem. Resp. Illud tunc demum verum est, quando quis iure speciali contra ius commune vult restitui in integrum, vt tunc non attendatur læsio in re valde parua. *d. l. 4. d. l. 9. l. 8. C. de resc.*

vend. Alias de iure regulari, hoc eſt, de iis quæ fiunt contra ius commune, curatur de minimis. Præterea adiicitur in *d.l.ſcio*, ita demum reſtitutionem non dari ob rem minimam, cum rei maiori præiudicatur. Verum cum ob ſummam modicam agitur de dolo, præiudicatur rei maiori, quia condemnatio doli attrahit ſecum infamiam. *l.1.ff. de his qui no.infa.* Famę autem hominis parcẽdum eſt, niſi magna cauſa vigeat, cum nihil homini antiquius eſſe debeat honeſta fama. *l. 8. ff. Quod met.cauſ.* Hanc deciſionem, quod actio furti detur pro re modica, approbat *Accurſ. in d.l.9.§.vlt.* à qua diſcedit *Zazius libro 2. ſingul.reſp.c.26*, ſed leuibus & infirmis rationibus.

ASSERTIO LXXI.

Furi regulariter actio furti non datur.

HÆc aſſertio aperte traditur in *l.itaque,12 ff.de furt.* Ratio eſt, quia illis tantum datur actio furti, quorum ex honeſta cauſa intereſt; nemo enim ex improbitate ſua conſequitur actionem.

Obiicitur *l.qui vas,48.§ ſi ego.ff.de furt.* cuius hæc eſt facti ſpecies. Fullo veſtes poliendas accepit, quas inuito domino Titio commodauit; Titio furtum factum eſt; competit fulloni furti actio, licet & ipſe furti teneatur, quod rem inuito domino commodauit. Reſp. Ideo ibi fulloni datur actio furti, quia eius intereſt ex honeſta cauſa, quia condu-

ctor eſt; nam etiamſi furtum non feciſſet, videlicet ſi non commodaſſet alteri, tamen cuſtodiam fullo præſtare debebat. Et breuiter dicendum eſt, quod fur furti agere poteſt propter iuſtum initium, ſi rem iuſte cœpit detinere. *Azo in ſum. C. de furt. nu. 9.* Eadem eſt ratio *d. l. 12. §. pen.* Rei ſuæ dominus nonnunquam furtum facit, vt ſi rem pignori datã creditori ſubtrahit, ſi poſtea debitor eãdem rem furto amiſit, aget furti atq; ita idem tenetur furti, & furti agit, quia etiamſi hic debitor furtum non feciſſet rei ſuæ, erat habiturus furti actionem dominii ratione. Summa. Fur agit furti ex honeſta cauſa, puta, quod ſit dominus vel conductor, vel commodatarius; non autem agit furti hac ſola ratione, quod ſit fur, & propterea interſit eius rem ſurripi.

Secundo aduerſatur *l. 1. quia à me vi. ff. de vi & vi arm.* vbi violento poſſeſſori datur interdictum. Vnde vi, ſi vide fundo iterum deiiciatur. Reſp. *Bart. in d. l. 12.* quod poteſt agere interdicto. Vnde vi ad poſſeſſionem quæ ſibi vi erepta eſt, recuperandam, quo caſu nõ habet actionem ex improbitate ſua, ſed auferentis. Sed non poteſt agere actione furti ad duplum vel quadruplum, quia actio furti datur propter id quod intereſt agentis, ſed nemo ex improbitate ſua conſequitur actionem, quod ſua interſit ex turpi cauſa.

ASSER-

ASSERTIO LXXII.

Furtum iure naturæ prohibitum est.

PRobatur hæc assertio in *l.2 .ff.de furt.* vbi dicitur, quod lege naturali prohibitum sit furtum admittere.

Obiicitur, quod apud Lacedæmonios & Ægyptios impune furari licebat. Imo apud Lacedæmonios laudi ducebatur furtum cōmittere, nec deprehendi in furto, quod hoc potissimum exercitamento cautiores & magis industrii fierent adolescentes. *Gell.lib.* 11. *noct. Attica, cap.* 18. Ergo iure naturali furtum non est prohibitum, quia apud omnes gentes furta non sunt punita, cum ius gentium sit, quod apud omnes gētes peræque receptum & approbatum est. *l. omnes populi.ff. de iust. & iu.* Respon. Ius gentium non est æstimandum ex vnius Populi deprauatis moribus, neque ideo quid definit esse iuris gentium, quod ab eo vnius gentis corrupti mores desciuere. Præterea Gellius tantum dicit furta impunita fuisse apud Lacedæmonios; sed propter impunitatem & pœnæ remissionem non cessat turpitudo delicti. *l. vlt. C. de gener. abolit.* Vnde etiam istæ nationes apud reliquas gentes male audierunt.

ASSERTIO LXXIII.

Etiam furti tenetur, cuius ope vel consilio tantum furtum factum est.

PRobatur hæc enunciatio in *l. si quis vxori, 52. §. neque, ff. de furt.* vbi dicitur, opem ferre, vel consilium dare, tunc nocet, cum secuta est contrectatio, *fa. l. qui seruo. 36. ff. eo.* Eandem sententiam confirmat *l sæpe, 53. de V.S.* vbi dicitur, hæc verba, *Ope, consilio alicuius furtum factum esse*, separatim & disiunctiue, non copulate accipienda esse.

Vehementer pugnat cum hac assertio ne *§. interdum, Inst. de oblig. quæ ex delic. nasc.* vbi dicitur, quod qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed cōsilium tantum dedit, non tenetur furti. Distinguendum est. Aut postquam quis consilium dedit, furtum non est secutum; & tunc furti, qui consilium tantum dedit, non obligatur. Aut furtū secutum est; & tunc tenetur consultor atque hortator ob malignum consilium. Ita *d. § interdum*, supplendus est ex *l. in furti 50. §. ope. & § sequ. & l. si quis vxori, 52. in princ. §. neque verbo, ff. de furt.* Quod tunc maxime verum est, si absque consilio furtum facturus non erat, qui surripuit. *arg. l. non solum, §. si mandato, ff. de iniur.* ita distinguunt *Accur. in d. l. sæpe, & Minf. ad d. §. interdum. Inst. de obligat. quæ ex delic. nasc.* A qua sententia dissentit *Wesem. in d. § interdum.*

Sed

Sed adhuc obiicitur, quod rei turpis nullum est mandatum, *l. si remunerandi, §. rei turpis. ff. Manda. l. si à Reo, 70, §. vlt. ff. de fideiuss.* Ergo ex inhonesto & improbo consilio vel mãdato nulla competit actio. Resp. Nullum est mandatum quoad actionem pariendam inter mandantẽ & mandatarium, sed quantum ad actionem dandam ei, in cuius perniciem mandatur, mandatum vel consilium turpe & iniustum obligat. *Bart ad d. §. si mandato, per d. l. si à Reo, 70. §. vlt. ff. de fideiuss.*

Plane qui per lasciuiam & absque dolo occasionem furandi alicui præbuit, in factum actione tenetur *l. si seruus seruum, 27. §. si quis de manu ff. Ad l. Aquil. l. in furti, 50. §. vlt. ff. de furt. d. §. interdum.* Imo videtur quod & eo casu detur actio furti per *d. l. in furti §. ope. & l. si quis vxori, 52. §. si quis de manu ff. de furt.* Resp. Aut sciebat alios furtum facturos & eo casu furti tenetur. *l qui seruo §. plus Pomponius. ff. de furt.* Aut fecit per lasciuiam, & nõ eo animo, vt quis furtum faceret; & tunc actione in factum tenetur.

ASSERTIO LXXIV.

Cum actione vi bonorum raptorum, etiam furti manifesti actio competere potest.

Concurrit cum actione vi bonorum raptorum actio furti. *l. 1. ff. Vi bo. rapt.* Vtra autem actione teneatur raptor; furti manifesti, an vero nec manifesti, altercantur DD.

Verior est sententia, quam defendunt *Accur.* & *Hoto.* si fiat rapina manifeste, furti manifesti actio competat, alioqui nec manifesti furti teneatur. Itaq; si raptor fuit deprehensus in ipso delicto, vel contra eum acclamatum, tenetur etiam furti manifesti. *l. si vendidero 80. §. cum raptor. ff. de fur.* Si vero non fuit deprehensus, vel non fuit contra eum acclamatum, vt quia armatus vel coactis hominibus inuasit domum alterius, & neminem ibi inuenit, tunc tenetur furti nec manifesti. *l. si quis, 52. § fin ff. de furt Cuia. lib. Obs. 6. c. 2. Iason. ad §. ex maleficiis. nu. 11. Inst. de act.*

Hoc tamen sciendum quod cum furti quis egerit, siquidem manifesti, actione vi bonorum raptorum agere non potest. Si vero nec manifesti egit, potest, vt tamen id tantum cõsequatur, quod amplius est in bonorum raptorum actione. Sin autem prius egerit vi bonorum raptorum actione, actione furti nec manifesti experiri non poterit. *d. § fina. d. l. 1. l. si quis egerit. 88. ff. de furt.* Ab hac sententia perperam dissentit *Mins. ad §. 1. Inst. Vi bo. rap.* qui tradit, raptorem, licet sit fur manifestus, tamen furti manifesti actione nõ teneri, sed nec manifesti tantum.

ASSERTIO LXXV.

Summæ liquido debitæ, quæ aliter exigi non potest, furtum est illicitum.

QVod nemo possit propria auctoritate, vel clam siue furtiue debitũ suum à debitore

bitor consequi, sed apud magistratum teneatur exigere iudicio, probatur euidenter ex eo, quod ideo iudiciorum vigor in medio positus est, ne quis sibi ipsi permittere valeat vltionem. *l.nullus.C.de Iudæ.* quodq; singulis concedendum non est, quod publice per magistratum fieri debet, ne occasio sit maioris tumultus faciendi; & vt scandala euitentur, quę inde exoriuntur, quod quis sine iudice & non seruato iuris ordine rem sibi debitam clam & furtiue aufert. *l.non est singulis, ff. de R.I.*

Obiicitur *l.ait Prætor.10. § si debitorem. ff. Quæ in frau.cred.* vbi dicitur, licere creditori debitorem fugientē propria auctoritate apprehendere, & pecuniam secum ferentem ab eo auferre Similiter traditur in *l.generali,§ 4. C.de decur.* quod competat manus iniectio ordini in decurionem. Resp. Istæ leges eo demum casu locum habent, si desit copia magistratus, & periculum sit in mora, quod tum demum liceat debitorem propria auctoritate apprehendere; si, inquam euidens periculum sit, ne debitor aufugiat, & non sit præsto copia magistratus. Cautum enim est iure, quod vbi periculum est in mora, à communis iuris regulis receditur. *l.de pupillo. §.si quis riuos, ff.de no.op.nunc.*

Secundo aduersatur *l.eum qui, 14.§.1.ff.de furt.* vbi dicitur, quod emtor, qui soluto precio rem emptam venditori subtraxit, non te-

neatur furti. Respon. Ideo emtor eo casu furti actione non tenetur, quia venditor custodiam rei venditę præstare tenebatur, quo casu ad exactissimam rei custodiendæ diligentiam, & sic de leuissima culpa adstringitur. *l. 2. & 3. ff. de peric. & comm rei vend.* Quia autem furtū leuissimæ culpæ custodientis imputatur, *l. cum duobus, 52. §. damnā. ff. Pro soc.* hinc fit, vt furtum non emtori, sed venditori imputetur, propter negligentiam in re custodienda adhibitam.

ASSERTIO LXXVI.

Actio de tigno iniuncto datur tam contra bonæ, quam malæ fidei ædificatorem in duplum.

Siue quis sciens, siue ignorans tignum alienum ædibus suis iunxit, datur domino de tigno iniuncto actio in duplum. *l. 1. & 2. ff. de tig. iniun. l. in rem. 23. § tignum; ff. de rei vend.* Contra furem siue malæ fidei ædificatorem datur præter actionem de tigno iniuncto, etiam actio ad exhibendum; & rei vendicatio, non vt tignum eximatur aut soluatur (quia non potest solui aut eximi tignum ædibus, vetante id lege 12. Tab. ne ædificia ruinosa fiant) sed vt præstetur quanti sua interesse dominus in litē iurauerit. *l. qui res, 98. in fin. iuncta; Gl. ff. de solut. d. l. 1. in fi.* Quæ actiones dissoluto ædificio dantur contra eundem, licet dominus duplum iam sit consecutus: *l. 7. §. cum in suo, ff. de acquir. rer. dom.* Illi vero

qui

qui bona fide tignum alienũ ędibus suis iunxit, soluto duplo liberatur. Ita accipiendus est §. *cũ in suo. Inst. de rer. diuis.* vbi dicitur, potest dominus, si nõ sit duplum consecutus, diruto ædificio tignum vendicare, vt hoc obtineat in bonæ fidei possessore, qui soluto duplo aliis actionibus liberatur. Hac distinctione has leges conciliat *Fornerius ad l. tigni, 62. ff. de verb. sign.*

Illud autem notandum, quod lex 12. Tab. solùm cauit de tigno furtiuo, vnde appellatur tignum furtiuum in *d l.* 1. Idque aperte comprobat *l. de eo, 63. ff. de dona. inter vir. & vx.* Ideoque & statim post titulum de furtis collocatur titulus de tigno iniuncto, quod ea actio solum ad tignum furtiuum pertineat. Nihil impedit tamen, vt nihilominus id furtiuũ dicatur, licet à bonæ fidei possessore ædibus sit iniunctum: quia nihil vetat, quo minus tignum ab alio surreptum, alius bona fide includat & iniungat.

Obiicitur quod bona fides non patitur duplum præstari à bonæ fidei possessore. *l. bona fides, ff. de R. I.* Resp. Hoc fit ideo, quia dominus contra voluntatem suam priuatur rei suæ dominio, tum etiam quod magni solet interesse domini, tignum ei non auferri, quod ad structuram ædificii sui jam paratum & aptatum habebat. *Cuiac. lib. 23. Obs. cap. 19.* ita respondet quod ideo teneatur in duplum, qui bona fide tignum alienum ædibus suis iun-

xit, quia ſcilicet apud eum conceptum eſt tignum furtiuum. Concipere eſt inuenire, & deprehendere, eſt quædam actio furti concepti. Et hoc eſt, quod ait lex 12. Tab. tignum ædibus iunctum & conceptum quod ſit ſpecialis actio tigni concepti in duplum. Contra ignorantem ergo datur actio de tigno iuncto in duplum, ſi ſit furtiuum; ſi non ſit furtiuum, dabitur actio prætoria in facturi pretii nomine in ſimplum, *d.l.in rem.* §. *item quæcunque, d.l.qui res* §.*vlt.d.l de eo.*

ASSERTIO LXXVII.

Conuicii veritas non excuſat conuiciantem, quo minus teneatur iniuriarum actione.

QVicquid ad contumeliam vel infamiã alicuius dicitur, quod vel infamia facti apud bonos viros eum grauat, vel contemtibiliorem apud alios eum reddit, iniuria eſt, etiamſi quod obiicitur, verum eſt. Nec enim ſufficit veritas criminis, ſed neceſſe eſt ex alia cauſa obiici, quam contumeliæ gratia. Et in actione iniuriarum non tam veritas conuicii, quam voluntas & libido iniuriantis attenditur. Hæc eſt verior & communior DD. opinio, & probatur per *l.3.C.de off.rect prouin.in verb.ſi veræ voces ſunt, nec ad libidine per clientelas effuſæ* Weſem.*in parat.de iniur.num.8.*

Obiicitur *l.eum qui, 18.ff.de iniur.* vbi dicitur, Eum qui nocentem infamat, non eſt æquum ob eam rem condemnari, peccata enim

nim nocentium nota esse oportet & expedit. Communiter ita distinguitur. Aut obiectum crimen detegi, interest Reipub. & tunc iniuriarum non tenetur, qui verum crimen obiicit, vt si quis alium homicidam, adulterum, vel leprosum esse per crimen obiiciat. Si vero non intersit Reipublicæ id crimen detegi, vt si quis aliquem appellat fatuum, luscũ, mendicum, vel spurium, tunc iniuriarum actio competit contra iniuriantem. *l. quod Reipublicæ.33.ff.de iniur.* Ita ex communi DD. sententia distinguunt. *Gail.lib.2. Obseruat cap. 99. Rober. lib.2.sent.iur c.7. Coras.lib.6. Miscel. cap.penul.*

ASSERTIO LXXVIII.

Actio iniuriarũ prætoria, anno continuo finitur; actio vero iniuriarum ex l. Cornelia, est perpetua.

QVod annò cõtinuo duret actio iniuriarum prætoria probari poteſt ex *l. si non conuicij.C.de iniur.* vbi cum simpliciter lex dicit, eam anno finiri, hoc de continuo anno est accipiendum. Quoties enim in iure tempus vtile non exprimitur, semper continuum esse intelligitur, *tex in l genero.ff.De his qui not. infa.& ibi Bart.nũ.1.l.siue pars.C.de dilat. Glos. notab.in Clem.vnic.in verb cõtinuum, de rest.in integ Gail.lib.2.Obs.c 105.* vbi actionem iniuriarum anno continuo, finiri decidit.

Obiicitur, quod iniuria scripto illata, vt si quis aliquem famoso libello traducat, perpe-

tuo duret, & maneat, ſemperque loqui cenſeatur, ideoque ſemper iniuria fieri & perdurare intelligitur. *Zaz. ad l. cum lex. ff. de legib. per l. Arriani, C. de hæret.* Reſp. Iniuria non à ſcriptura vel libello, ſed a voluntate & animo potius iniuriam inferentis æſtimatur. *l. 1. ff. de iniur. l. qui iniuria. ff. de furt.* Hic autem animus contumeliæ, à quo hæc res pendit ur, poteſt non durare, quia voluntas hominis eſt mutabilis, etiamſi ſcriptura duret. Ita decidit *Weſem. conſil. 22. num. 7.* quod etiam actioni iniuriarum ex iniuria ſcripta deſcendenti anno præſcribatur.

Secundo obſtat, quod iniuria per metum illata, dicatur anno vtili exoleſcere. *l. 14. §. poſt annum ff. Quod met. cauſ.* Reſp. Hoc ſpeciale eſt in iniuria per metũ illata, hæc enim grauior eſt alia ſimplici iniuria, ideoque hæc actio diutius durat.

Actio iniuriarum ex l. Cornelia eſt perpetua, quia à lege introducta eſt, actiones autem ex legibus deſcendentes ſunt perpetuæ, *Inſt. de perp. & temp. act. in princ.* Et hæc ſententia, quod pro omni iniuria, quę manu fit, ſeu quę ex l. Cornelia deſcēdit, actio iniuriarum perpetuo cōpetat, communi DD. opinione eſt recepta. *Not. Fab. in l. ſi non conuicij, C. de iniur.* Et ita in Camera Imperii iudicatum notat *Minſ. cent. 1. Obſer. 84. & cent. 5. Obſer. 8.* Diſſentit *Gail, lib. 2. Obſer. cap. 104.* vbi iniuriam ſcriptura factam perpetuam eſſe, in Camera-

meraImperii iudicatum refert, vnde post annum quoque actio de iniuria per famosum libellum illata, intentari poterit.

ASSERTIO LXXIX.

Carcer de Iure ciuili pœnà non est.

HÆc assertio expresse traditur in *l. aut damnum, 8. §. solent. ff. de pœn.* vbi inquit Vlpianus, sententiam non valere, qua quis damnatus est, vt in carceribus cōtineatur, quia carcer non ad puniendos, sed ad continendos homines haberi debet. Nemo ergo ad perpetua vincula damnari potest, quia hæc non est legitima pœna à iure admissa. *l. mandatis, 35 ff. de pœn.*

Sed refragatur *l. Diuus. ff. de custo. & exhib. reo. & l. 2. C. eo.* vbi dicitur, quod qui graue scelus admisit, debet carceris pœnam sustinere, cum de admisso crimine constiterit. Resp. Non debet Reus perpetuis vinculis propter delictum perpetratum damnari, verum ad tempus tantum custodię causa in carceribus detinendus est, donec de intentato crimine dignum subeat supplicium.

Secundo repugnat *l. S. C. 38. ff. de iniur.* vbi qui ad statuam Principis ad inuidiam alicuius aufugit, in publica vincula mittitur. Similiter traditur in *l. 1. in fin. ff. de aleator.* quod qui compellit aliquem ad ludendum alea, in latomias; hoc est, loca cędendis lapidibus destinata, vel in vincula publica duci debet. Resp. Aliud est vinculis publicis quem deti-

neri, aliud vero ad perpetuos carceres dãnari; nam qui in vincula seu ergasteria publica mittitur, hic nihilominus vsum ciuitatis retinet. Qui vero ad perpetuos carceres damnatur ille ab omni hominum cõmercio & conuersatione remouetur, & carceris claustris inclusus, ciuitatis vsum amittit. Leuior ergo est damnatio ad vincula publica, quã ad perpetuos carceres, vt diserte ostenditur in *l. succurritur 6. ff. Ex qu. cau. maio.*

ASSERTIO LXXX.

Etiam in meretricem nuptam adulterium committitur.

Vindicatur adulterium, nõ solum in vxore iusta, sed etiam vulgari, quæ quæstum corpore fecit, & pudicitiam vulgauit. *l. si vxor 13. §. 1. ff. Ad l. Iul. de adult.*

Sed obiicitur, quod dicitur in *l. si ea quæ, 22. & l. quæ adulterium, 29. C. Ad l. Iul. de adult.* vbi constituitur, in prostitutis fœminis adulterii crimen cessare. Respõ. Istæ leges ita sunt accipiendæ, quod istæ fœminæ prostitutæ pudicitię pœna quidem adulterii teneãtur, verum viri cum his consuetudinem habentes leuius & mitius puniuntur. Ratio est, quia thorum alienum violasse non putantur, vtpote cum pudoris apud ipsas, quæ se omnibus prostituunt, nullus habeatur respectus, atque huiusmodi mulieres non amplius pro vxoribus, sed pro scortis sunt habendæ, quãtum ad pœnam viri attinet, qui cum illis prostitu-

stitutis rem habet. *Wesemb.ad tit.ff.Ad l.Iul. de adult,num.6.* Ita in curia Electoris Saxoniæ pronunciatum,atq; ordinariam pœnam maritis,cum huiusmodi cõiugatis fœminis prostitutis consuetudinem habentibus, remissam esse,ex receptiori DD.opinione testatur *Daniel Molle,lib 2.semest.c.36.*

Assertio LXXXI.

Sponsa de adulterio accusari potest.

Controuersa quæstio est, vtrum sponsa, quæ nondum contraxit matrimonium, possit accusari de adulterio,si fornicetur. Verior tamen est sententia,eam non simplicem scortationem, sed potius adulterium cõmittere. Quod euidenter probat *l.si vxor*, 13. §. *Diui.ff.Ad l.Iul. de adult.* vbi Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt,etiã in sponsa adulterii crimen vindicandum,quia nec matrimonium qualecunq; nec spem matrimonii violare permittitur. Idem confirmat *d.l.si vxor.§.si minor.* vbi deciditur, si minor 12. annis in domum viri deducta adulterium commiserit,moxque apud maritum ætatem excesserit,cœperitq; esse vxor,non poterit quidem iure viri accusari ex eo adulterio, quod in minori ætate commisit, sed quasi sponsa accusari poterit,ex rescripto D.Seueri, quod supra relatum est. Denique hanc sententiam aperte comprobat *l.propter, 7. C. Ad l. Iul. de adult.*

Obiicitur,quod non potest dici adulteriũ,

quia per fornicationem non violatur thorus connubialis qui nondum eſt, nudis ſpõſalibus tantum contractis. Reſponden. Sufficit in crimine adulterii, vt ſpes iuſta matrimonii violetur. *d.* §. *Diui.* quæ ſpes vinculũ matrimonii inducit, donec vel alio matrimonio, vel repudio diſſoluatur. *l.* 2. §. *in ſponſalibus. ff. de diuor. & repud.*

Secundo aduerſatur *l. miles,* 11. §. *quærebatur. ff. Ad l. Iul de adult.* vbi dicitur, quod vir iure mariti non poſſit accuſare eam fœminam, quæ cum ei deſponſata eſſet, alii à patre in matrimonium tradita fuit. Ex quo aperte probatur, mulierem deſponſatam vni, alteri nubere poſſe ſine crimine adulterii; cum tamen ea quæ durantibus primis ſponſalibus alteri denuo & ſecundo nubit, adulteri crimen committat, & infamia notetur. *l.* 1. *ff. De his qui no. infa. l. eum qui duas. C. Ad l. Iul. de adul. in verb. etiam crimen ſtupri committit,* quaſi dicat, non ſolum crimen ſtupri, ſed etiam adulterii committit, qui binas nuptias, binave ſponſalia eodem tempore conſtituta habet. *d l.* 1. Reſponden. Quando à ſponſalibus primis diſceſſum eſt, tunc non committitur adulterium ab ea, quæ contrahit matrimonium cum alio, vt in *d.* §. *quærebatur.* qui expreſſe hoc innuit, dũ vtitur hiſce verbis, *Priori deſponſa puella, à patre in matrimonium alii fuit tradita* Sed vbi non diſceſſit à prioribus ſponſalibus, neque ſeparauit

uit à priori ſponſo, & durante iſto ſtatu cõtrahit matrimonium vel ſponſalia de præſenti cũ alio, tenetur crimine adulterii, quia eodem tempore bina ſpõſalia, vel binas nuptias, vel ſponſalia cũ aliis nuptiis ſimul conſtituta habet. Ita prædictas leges eleganter conciliat *Sarmientus lib. 1. Select. interpretat. cap. 5.*

ASSERTIO LXXXII.

Immunitatem à pœna legis Corneliæ, præbet corporis, non famæ, non bonorum defenſio.

PRo defenſione bonorum & famæ non licet quempiam impune occidere, niſi cũ rerum ſeu bonorum defenſione etiam periculum vitæ fuerit coniunctum, *arg. l. vt vim. ff. de iuſt. & iu. l. ſcientiam, 45. §. qui cum aliter. ff. Ad l. Aquil. l. 1. §. vim vi. ff. de vi & vi arm.*

Obiicitur quod fama hominis & vita æquiparantur. *l. iuſta. ff. de manu. vind. l. iſti, 8. ff. Quod met. cau.* Reſpon. Iſta comparatio admittitur in certis caſibus, vbi eſt par & eadem ratio, videlicet quod reſtitutionem in integrum concedendam ex iuſto metu illatam. Verum in hoc grauiſſimo crimine homicidii excuſando, non ſufficit honoris & famæ iactura.

Secundo obiicitur *l. 1. C. Vnde vi. & l. 3. §. eum igitur. ff. de vi & vi arm. leg. 6. C. Ad l. Iul. de vi pub.* vbi dicitur, poſſe vim illatam in bonis vi licite repelli, & licere eum qui nos

de possessione deiicit, iterū armis repellere. Responden. Potest quidem possessionem suam armis quis tueri & recuperare, sed pro defensione bonorum non licet hominem occidere, nisi etiam periculum vitę simul intentetur. *l. si ex plagis, 52. §. 1. l. scientiam, 45. §. qui cum aliter. ff. Ad l. Aquil.* Expedit enim potius tunicam & pallium relinquere, & rerum iacturam sustinere, quam pro conseruandis vilibus rebus hominem occidere. *c. suscepimus. Ex. de homicid.*

Tertio obstat *l. 4. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, furem nocturnum occidere licere, si modo id ipsum cum clamore testificetur. Respon. Hoc quidem permissum fuit legibus 12. Tabularum; sed tamen ea lex non fuit vsu recepta: nam non aliter, qui occidit furem nocturnum, impune feret, quam si eum apprehendere non potuerit sine periculo, puta ꝙ is cum telo esset, seque telo defenderet. *l. furem, ff. Ad l. Corn. de sicar. Cuiac. lib. Obser. 14. cap. 15. Forne. lib. 1. select. cap. 22.* Dissentit ab hac sententia *Fachin. lib. 1. contro. cap. 30.*

ASSERTIO LXXXIII.

Homicidium per ebrietatem commissum, ordinaria l. Corneliæ pœna puniendum.

SI quis per ebrietatem aliquem occidit, ab ordinaria legis Corneliæ pœna non liberatur. Quod probatur hoc argumento, quod illicitæ rei vacantem non debet excusare sua

improbitas. *l. quod quis ex culpa, 203. ff. de R. I. l. nec id iniquum, 15. ff. Si quis omiss. caus. test.*

Huic tamen sententiæ repugnāt alia duo iuris loca. Primo aduersatur *l. omne, 6. §. per vinum. ff. de re milit.* vbi dicitur per vinum aut lasciuiam lapsis capitalis pœna remittenda est.

Secundo refragatur *l. vnic. C. si quis Imp. maled.* vbi Diuorum Impp. constitutionē à pœna immunis est, qui ebrius Imperatorem suggillauit. Communiter DD. distinguunt hoc modo, quod magna ebrietas, quæ mentem aufert, pœnam mitiget; modica autem & parua ebrietas in delictis ab ordinaria pœna non liberet. *Wesem. in parat. ff. Ad l Corn. de sica. num. 24.* Mihi tamen probabilius videtur ita posse distingui. Aut delicta sunt talia, quæ per pœnitentiam reuocari possunt, & in his ebrietas pœnam mitigat vel remittit. Vt puta, si quis per ebrietatē crimen aut conuicium alicui obiecit. Si enim eum, cum ad sobrietatem redierit, eius pœniteat, pœna minuenda aut in totum remittenda est. *arg. l. quicquid calore, 48 de R. I. can. cum apud. 11. quæst. 3.* Aut delicta sunt huiusmodi, quæ per pœnitentiam reuocari non possunt; vt si quis occiderit hominem, adulterium vel stuprum commiserit, tunc non posset vllatenus per pœnitentiā mitigari aut excusari del ctū, etiamsi fuisset calore ebrietatis perpetratum. *Angelus in l. si non conuicii. C. de iniur. Lan-*

fran.ad tit.de confess.num.3.& 4.

Notanda quoq; est elegans distinctio tradita ab Andrea Gail *lib.2. Obs.c.118.* vbi distinguit inter ebrietatem, quæ casu, clam & ignoranter irrepit, & ebriositatē, quę ex habitu vitioso & cōtinuato nascitur, vt huic ordinaria pœna, illi arbitraria & mitior imponatur

ASSERTIO LXXXIV.

Pœnæ l. Corneliæ subiacet, qui poculo amatorio quempiam interfecit

TRaditur & pponitur hęc decisio aperte in *l.si quis,38.§.qui abortionis,ff.de pœn.*

Sed obiicitur *l.in lege.ff. Ad l. Corn. de sicar.* vbi habetur, quod nunquam debet imponi pœna mortis, quādo committitur homicidiū sine dolo. Idem traditur in *l.1.§.Diuus,& l.Diuus.ff.Ad l. Corn. de sica.* vbi pro regula traditur, nūquam pœnam mortis inferri sine dolo, & proposito occidendi. Atqui ille qui poculum amatorium alicui propinat, non habet propositum aliquem interficiendi, sed intendit, hoc philtro seu pharmaco amorem puellæ vel mulieris sibi conciliare, & sic est extra dolum. Resp. In hoc casu interuenit dolus saltem implicitus, ex eo, quod fecit rem illicitam, dando poculum amatorium, ex quo verisimiliter potuit sequi mors, vnde tenetur pœna mortis. Si vero sine dolo malo causa amoris liciti dedit pharmacū vel philtrū, ex quo mors secuta est, ille qui dedit, non tenetur pœna ordinaria legis

Cor-

Corneliæ, ſed tantum pœna relegationis, vel alia extraordinaria.

Secundo aduerſatur *l.* 3 § *ſed ex S.C. ff. Ad l. Corn. de ſica.* vbi qui dedit poculum conceptionis, ex quo mulier mortua eſt non punitur ordinaria pœna legis Corneliæ ſed tantum relegari iubetur. Reſp. Ibi dedit medicamentum cauſa rei licitæ ſcilicet cauſa conceptionis, ideoq; ceſſat pœna ordinaria homicidii: Qui vero dat philtrum, vel poculum amatorium impudici amoris, vel abortionis cauſa, dat operam rei illicitæ ergo ab ordinaria pœna non excuſatur, ſi his illicitis remediis hominem quis interſiciat. Hanc ſententiã defendit *Coraſ. lib.* 1, *Miſcel. c.* 24. vbi eum, qui poculo amatorio hominem occidit, vltimo ſupplicio damnandum concludit, licet ab Areopagitis fœmina huius criminis rea ſit abſoluta.

ASSERTIO LXXXV.

Qui Titium interficere volens, Seium interfecit, lege Cornelia tenetur.

Ratio aſſertionis eſt, quia dolus in genere, itemque animus occidendi adfuit. Ita probat text. ſingularis in *l. eum qui,* 18. *§. ſi iniuria, ff. de iniur.* Sufficit enim in crimine homicidii dolus in genere, licet non ſit commiſſus in ſpecie. Probat etiam hanc ſententiam *l. ſcientiam,* 45. *§. penul. ff. Ad l. Aquiliam.* vbi dicitur, quod qui defendendi ſui cauſa lapidem in aduerſarium pro-

iecit, & prætereuntem percussit, tenetur lege Aquilia ad interesse. Hanc decisionem tuetur etiam *Bart.in l.perspiciendum,11.§.2 ff. de pœn.*

Sed obiicitur *l.3. §.fina. cum l.sequ.ff.de iniur.* vbi traditur, quod si quis voluit percutere seruum proprium, & ex errore occiderit alium liberum hominem, non tenetur iniuriarum. Responden. Ibi non interuenit dolus, neque percussor habuit animum delinquendi, ideoque error eum excusat. Nã dedit operam rei licitæ, existimans se seruũ suum cædere, quod domino licet.*toto tit. C. de emend.seruo.* Ita eum textum declarat *Bartol. d.loco.* quem sequitur *Coras.lib.4. Miscel. cap.11.*

Secundo repugnat assertioni,quod omnis actus errore gestus,nunquam nocet gerenti, quia consensu caret. *l.si per errorem, ff. de iurisd.* Respon.Licet error commissus sit in persona, tamen in genere delinquens consensit in delicto,& habuit animum hominis alicuius occidendi.

Obstat denique *d.l respiciendum, 11.§.penul.ff.de pœn.* vbi dicitur, casu eum delinquere,qui cum venando telum in feram mittere vellet,hominem interfecit. Atqui si casu dicitur deliquisse,extra culpam est, ac proinde non puniendus est. Similiter nec ille pœna afficiendus est legis Corneliæ, qui cum Titium occidere vellet,Seium interfecit; quia ca

su vi-

ſu videtur deliquiſſe. Reſponden. In prędicta ſpecie, ille qui cum inter venandum telo feram petere volebat, hominem interfecit, non punitur corporaliter, quia operam dedit rei licitæ; *Bart. in d. §. penult.*

ASSERTIO LXXXVI.

Lex Iulia peculatus, non ſolum de pecunia ciuitatis Romanæ, ſed etiam aliarum ciuitatum accipienda eſt.

LEx Iulia peculatus eos coercet, qui pecuniam publicã furati ſunt vel intercepe-runt *l. 1. ff. Ad l. Iul. pecul.* Dicitur autem pecunia publica, quæ ad Pop. Romanum pertinet, nam aliæ ciuitates habentur loco priuatorum. *l. eum qui. 16. ff. de V. S.* Vnde quæritur, an & is teneatur crimine peculatus, qui aliarum ciuitatum pecunias expilat vel ſurripit. Quod negat *l. ob pecuniam, 81. ff. de furt.* quæ dicit, eum quidem furti actione teneri, non autem crimine peculatus. Cui tamen è diametro repugnat *l. 4. §. fin ff. Ad l. Iul. pecul.* vbi dicitur, eum qui de re ciuitatis aliquid ſurripit. peculatus crimen committere. Reſpon. ex ſententia Duareni, quod qui ciuitati vel municipio pecuniam ſurripit, ipſa quidem lege peculatus non tenetur: ſed poſtea conſtitutionibus Traiani & Adriani cautum eſt, eum quoque peculatus crimen committere; qui Imperatores legẽ Iuliam ad hunc caſum extẽderunt. Ita tradit *Duare. lib. 2. diſp. cap. 26.* Confirmat *Alcia. lib. 3. diſpunct. c. 3.* vbi in anti-

quo exemplari in *d l ob pecuniam*, ita legi notat, *Ob pecuniam ciuitati subreptam, furti, nec non crimine peculatus tenetur.*

Assertio LXXXVII.

Regna & ditiones suas arbitratu suo Principes minuere non possunt.

Regia & præclara quæstio est, *An Principibus seu Regibus concessum sit ditiones & regna sua sine populi & subditorum consensu alienare.* Et verissima ac iuri maxime consentanea est sententia, quod hoc Regibus iure non sit permissum.

Cui disputationi ansam & occasionẽ primum dedit abalienatio ista prouinciarum Italiæ, quam falsissimo titulo *donationem Constantini Magni* vocant. Non enim Constantinus, sed Pipinus Rex Franciæ primo exarchatum Rauennæ, cum omnibus vrbibus vsque ad stagna Venetorum, Stephano II, Pontifici dono dedit. Deinde Carolus Magnus filius Pipini eam donationem confirmauit, & Histriam, ducatum Foroiuliensem, Spoletanum & Beneuentanum, ac alias terras patrimonio Petri adiecit. Ita tradit *Baleus in illustribus viris Angliæ.* Deinde ex alienationibus bonorum & ciuitatum Imperii à Carolo IV. Imp. institutis, acriter cœpit hæc quæstio in vtramq; partẽ agitari. Cum enim Imp. Carolus IV. Venceslaum filium designandum Cæsarem curaret, promisit Electorum cuiq; centum aureorum millia pro consensu:

quæ cum soluere nō posset, obligauit ills telonia & vectigalia Imperii, item oppida, proprietates, iura & regalia Imperii, titulo pignoris obstrinxit. Qua de causa ignauus Cæsar, & decoctor bonorum Imperii passim in historiis prædicatur.

Probatur hęc conclusio per *l. Imperatores. ff. de pact. & l. 1. ff. de off. proc. Cæs.* vbi procuratori Cæsaris, nō alienandæ, sed benegerendæ rei potestas permissa esse traditur. Vnde liquido apparet, Cæsari eas ditiones, prouincias, dominia aliaque bona, quæ publici iuris sunt, alienandi facultatem non esse concessam.

Secundo accedit ista consideratio, quod Principes forrassis subditos suos in ditionem Principis, qui sua potentia in tyrannidem abutatur, abalienare conentur: quod certe naturæ ac honestati contrarium, & à boni Principis officio alienum est, & tanquam tyrannicum non debet admitti. Aliud enim est tyrannum, aliud Regem esse: rex omnia refert ad salutem & incolumitatem subditorum: tyrannus vero ad suum commodum & voluptatem omnia detorquet.

Tertio, Rex tanquam tutor Populi sui cōstitutus, regulá tutoribus præscriptam sequi debet, quod tum demū pro domino habeatur, cum subditis prouidet, non cum eorum bona alienat & perdit. *l tutor. 27. ff. de adm. tuto. l interdum, 56. § penul. ff. de furt.*

Quarto confirmat hanc propositioné,

quod iure Feudorum, non licet domino feudum alicui concessum, sine ipsius vasalli voluntate in alium quocunque titulo alienare, imo nec alium de eodem feudo inuestire potest dominus, sine vasalli consensu. §. *1. Quo temp. mil.inuest.* §. 1.*de feu. dat. in vic.leg. com.* §.*3.de.l.Corra.In vsib feud.*Nam eandem fidẽ dominus vasallo exhibere debet, qũam vasallus domino præstat. Si ergo dominus feudi non potest feuda, & per consequens vasallos ratione feudi sibi subiectos alienare, similiter nec dominus vel Princeps potest principatus, ciuitates, item subditos & incolas, in aliorum Principum imperium & potestatem transferre. Non enim subditi sunt in potestatẽ Principis, sed multo magis eius fidei & clientelæ sunt permissi. Accurate & pulchre, *Hotom.in illust.quæst.qu.*1.

Denique pro confirmatione huius decisionis facit, quod præses prouinciæ non potest se abdicare imperio, & hoc resignare, nisi in manus eius à quo potestatem accepit. *l. legatus, 20.ff.de off.præs.* Quam legẽ recte Butrigarius inducit argumenti loco, quod donatio, qua Constantinus Imp. vti fertur, Siluestro Papæ vrbem Romam dedit, iure non fuerit valida. Debuisset enim Imperator, si eum imperii pœnituisset, aut partis alicuius administrandæ Pop. Romano, à quo acceperat id restituere, non vero alteri tradere, aut possessionem eius desertam relinquere.

Obii-

Obiicitur huic assertioni, quod qui pleno iure dominus est, potest alienare, perdere, ac dissipare res suas. *l. sed etsi, 25. §. consuluit, ff. de pet. hered. l. in re mandata. C. Manda.* Ergo & licet Regi ditiones & regna sua alienáre. Responden. In alienationibus regnorum non tam agrorum & oppidorum, quam ciuium & liberorum hominum ratio habenda est; quos contra voluntatem eorum alienari, & in potestatem forte alicuius tyranni transferri, durum & iniquum censeretur. Deinde nõ debet deterior esse conditio subditorum, quam olim fuit liberum. Atqui non licet iure ciuili heredi, seruum cui libertas per fideicommissum relicta est, alii manumittendum tradere, vt eius fiat libertus, ne forte duriorem aut iniquiorem consequatur patronum. *l. inuitus, 43 ff. de fid. liber.* Ergo neq; domino permissum est, facta alienatione regnorum, prouinciarum, vel ciuitatum, subditos suos in potestatem & dominationem alicuius deterioris Principis vel tyranni transferre.

ASSERTIO LXXXVIII.

Actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem.

ACtus legitimi non dicuntur hoc loco omnes actus iure ciuili introducti & approbati, sed leg s actiones, quæ solennitate quadam iuris, certisque verborum formulis peraguntur & concipiuntur. *Cuiac. lib. Obs. 15. cap. 16,* Huiusmodi actus legitimi diem &

conditionem quoque non admittant. *l. quaesitum 34. ff. de adop.* Neque enim filium vel vxorem temporalem quis habere potest.

Secundo obiicitur *l. primo gradu, 23. ff. Quae in frau. cred.* vbi heredes eius qui soluendo non erant, ea conditione adierunt hereditatem, vt partem duntaxat æris alieni creditoribus persoluerent. Ergo aditio hereditatis fieri potest sub conditione. Responden. Ibi conditio significat pactionem ante aditioné hereditatis cum defuncti creditoribus initã, vt scilicet creditores, cum hereditas non sufficeret ad totum æs alienum exoluendum, certa parte debiti conuenti essent, veluti inter heredem & fideicommissarium simile pactum memoratur in *l. apud Iulianum. in princ. ff. Ad S.C. Trebel.* post illam vero pactionem pure adita fuit hæreditas.

Denique aduersatur *§. ad tempus, Inst. Qui testa. tuto.* vbi traditur, tutoré sub conditione vel ad certum tempus testaméto dari posse. Resp. Tutor quidé hoc modo à patre testamento dari potest, sed non à magistratu, *l. muto. §. 1. ff. de tutel.* Ea enim tantum datio tutoris est actus legitimus, quæ sit solenniter à magistratu, inquisitione facta, introductis optimis viris, ex quibus vnus maxime idoneus eligitur, non quæ fit in testamento. Accedit & altera ratio, quia defectus in testamentario tutore suppleri potest per magistratum; quod secus est in datiuo tutore. Si enim tu-

toris dationi magiſtratus adiiceret diem vel conditionem, interim ante diei vel conditionis euentum non eſſet proſpectum pupillo. Quare datio tutoris facta à magiſtratu ſub die vel conditione, vitioſa eſt, quia actio magiſtratus imperfecta eſſe non debet.

ASSERTIO LXXXIX.

Inuito beneficium non confertur.

HÆc aſſertio traditur pro regula in *l. inuito, 69. de R.I.* Verũ obiicitur huic aſſertioni *l. ſoluendo, 49. ff. de neg. geſt.* vbi dicitur, quod qui pro inuito & ignorante debitore ſoluit, liberat eum. Idem traditur in *l. ſoluere. 53. ff. de ſolut.* Sed tamen quando quis pro inuito debitore ſoluit, nulla actione nec mandati, nec negotiorum geſtorum id ab eo repetere poteſt. *l. ſi pro te, 40. ff. Manda. l. vlt. C. de neg. geſt.* Reſp. Regula iuris accipienda eſt de beneficiis, quæ contra iuris communis rationem alicui tribuuntur, quę priuilegia proprie appellãtur. Hæc inuito non conceduntur, qui quilibet poteſt fauori & priuilegio pro introducto renuntiare. *l. penul. C. de pact.* Sic mulier poteſt renunciare beneficio. S.C. Velleiani. *l. vlt § penul. ff. ad S.C. Vell.* Sic minor xxv. annis poteſt omittere reſtitutionem in integrũ, ſi læſus ſit. *l. ſi iudex, 41. ff. de minor.* Verum vt quis pro alio ſoluat, & cum etiam inuitum liberet, iure communi permittitur, quia naturalis & ciuilis ratio ſuadet alienam

condi-

conditionem meliorem etiam ignorantis & inuiti nos facere posse.

ASSERTIO XC.

Priuilegia realia transeunt ad heredes, non personalia.

HÆc assertio pro regula iuris traditur in *l. in omnib. causis, 69. & l. priuilegia, 196. de R. I.* Duo autem sunt genera priuilegiorum Vnum est personale, vbi personæ conditio locum facit beneficio, hoc est, quando persona proxima est causa beneficii; & hoc cum persona extinguitur, & ad heredes nõ transit. *d. l. 69.* Tale est beneficium, quod competit marito in repetitione dotis, ne ab vxore, soluto matrimonio, in plus quam facere possit, conueniatur: hoc priuilegium extraneis heredibus non datur, sed solis filiis. *l. maritũ & l. etiam, ff. Sol. mat.* Tale est etiam priuilegium prælationis, quod datur mulieri, quo præfertur cæteris creditoribus in bonis mariti in exactione dotis, vnde nec ad heredes mulieris, filio excepto, trãsmittitur. *l. vnic. C. de priu. dot. l. vlt. §, exceptis. C. qui po. in pig. No. 91.*

Aliud est priuilegium reale, quod non personæ, sed rei, causæ aut actioni tribuitur; & hoc ad quoslibet successores transit. Tale est priuilegium actionis funerariæ, vt scilicet, is qui in defuncti funus aliquid impẽdit omnibus creditoribus præferatur; heredibus ergo hoc priuilegium quoque tribuitur. *l. penul. ff. de relig. & sump. fun.*

Obiicitur, quod beneficium restitutionis in integrum, quod datur minoribus xxv. annis, competit etiam eorum heredibus. *l. 3. §. 9. l. 28. §. vlt. ff. de minor.* Atqui hoc beneficium censetur esse personale, quia in fauorem minorum est introductum. Ergo nõ est verum, quod beneficia personalia non transeunt ad heredes. Resp. Hoc beneficium restitutionis in integrum est mixtum, partim personæ partim causæ: conceditur enim non tantum propter personam minoris, sed præcipua & immediata causa restitutionis est læsio, ideoque non restituitur minor, nisi causa cognita probet se læsum vel circumuentũ, *l. aut Prætor, 7. §. non solum. l. non omnia. 44. ff. de mino. l. nam posteaquam, 9. § si minor ff. de iureiu.* Itaque hoc beneficium restitutionis in integrũ minoris heredibus competit. Sic quoque beneficium S.C. Velleiani datur non solum mulieri, sed etiam heredibus eius. *l. heredes, C. Ad S.C. Vell.* quia rei & causæ cohæret, & Senatus totam obligationem improbat, & restituitur prior creditor debitori. *l. exceptiones, 2. ff. de excep. l. si mulier, 16. §. 2. ff. Ad S.C. Vel.*

Secundo aduersatur *l. si tibi, 17. §. pactum, ff. de pact.* vbi dicitur, quod pacta personalia facta vẽditori, porrigunt se ad singularem successorem, puta emtorem. Resp. Pacta personalia venditoris non prosunt emtori aut singulari successori, nisi durante vita venditoris

alio-

alioqui sicut priuilegia personalia extinguũtur cum persona. *arg. l. & haeredi. 21. in prin. ff. de pact Castrens. in d. §. pactum*

Assertio XCI.

Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari.

HÆc assertio adeo vera & indubitata est, vt inter regulas iuris Canonici referatur in *c quod omnes, de R. I. in 6.* & variis exemplis etiam ex iure ciuili comprobatur. Sic enim decisum est, quod si plures habeant fundum communem, & volunt in eo seruitutem cõstituere, oportet vt omnium consensus interueniat, vniusque dissensus impediet seruitutem. *l. per fundum, ff. de seru. rust. pred.* Similiter si plures habent seruitutem aquæ ductus ex eodem flumine vel fonte, & dominus velit aliis concedere aquæ ductum ex eodem flumine, omnes quibus aquæ ductus debetur consentire coguntur, quia illorum ius diminuitur, alioqui concessio seruitutis est inutilis. *l. in concedendo. ff. de aqu. plu. arc.*

Obiicitur primo, quod si fiscus habet rem cum aliquo communem, inuito socio potest eam rem alienare, etiamsi in tali re minimam habeat partem. *l. multum, C. de com. rer. alien. l. 1. C. de vend. rer. fisc. lib. 10.* Resp. Hoc speciali fauore fisci est receptum, nempe quod commodius & maiori pretio venditur tota res, quã pars eius. *l. Maenius, ff. Fam. ercis.*

Secundo aduerſatur *l. quod maior. ff. ad Municip.* & *l. aliud.* 160. § *refertur, ff. de R. I.* vbi pro regula traditur, quod maior pars Collegii vel vniuerſitatis ſtatuit, perinde habetur, ſi omnes ſtatuiſſent, etiamſi omnes nõ conſentiant. Reſp. Aut aliquid eſt commune pluribus, vt vniuerſis, vt ſunt bona communia alicui⁹ ciuitatis vel collegii, & in his quod maior pars ſtatuit, ſequendum eſt, quia difficile eſt omnes conſẽtire. *l. 1. in fi. ff. de acqu. poſ.* Hinc in decretis collegiorum cõſtituendis, duo trientes collegarum adeſſe debent, & quod illi ſtatuerint, à maiori parte ſtatutum cenſetur. *l. nulli, ff. Quod cuius, vniuer. no. l. nominationum, 46. C. de decur. lib. 10.* Aut aliquid eſt commune pluribus, vt ſingulis, & tunc requiritur conſenſus ſingulorum; nec maioris partis factum reliquis nocet. *d. l. per fundum.*

Tertio repugnat, quod dicitur in *l. 7. § vlt. ff. de pact.* quod ſi heres alicuius debitoris obærati nõ vult adire eius hereditatem, niſi creditores remittant certam debiti partem, tunc ſtatur iudicio maioris partis creditorum remittentis debitum, neque audiuntur reliqui diſſentientes. Reſp. Ideo ibi maior pars creditorum præiudicat minori, quia agitur de liberãdo debitore. Vñde fauore liberationis cõuentio illa reliquis nocet, licet alioquin his quæ communia ſunt pluribus, vt ſingulis, factum maioris partis non ſufficiat. *Coſt. ad. d. l. 7. § vlt.*

ASSER-

ASSERTIO XCII.

Vtile per inutile non vitiatur.

EXtat hæc assertio descripta in *l. 1. §. sed si mihi, ff. de V.O.* & pro regula iuris traditur in *c. vtile, de R.I. in 6.* Ea qua multæ iuri conclusiones sunt extructæ & definitæ. Hinc decisum est, quod donatio vltra quingentos aureos facta nõ valeat, quatenus excedit eam summam, quatenus vero non excedit, valet. *l. sancimus. C. de dona.* Sic etiam, si quis sibi & alteri x. aureos stipulatus est, valet stipulatio quoad stipulantis personam in v. quoad alios vero quinque aureos non valet. *§. quod si quis. Inst. de inut. stip.* Denique propter hanc regulam statutum est, vt si vsuræ supra legitimum modum in stipulationem sint deductæ, vt illicitis adiectis pro non adiectis habitis, legitimæ vsuræ nihilominus petantur. *l. pecunia, & l. placuit, ff. de vsur.*

Sed huic assertioni refragatur, quod in aliquibus iuris articulis vtile per inutile vitiatur. Sic enim si in duos compromittatur, quorũ alter potest esse arbiter, alter non totum cõpromissum corruit. Veluti si compromittatur in duo, quorum vnus est seruus, qui non potest esse arbiter, compromissum in totum corruit, & sic vtile per inutile vitiatur. *l. Padius, 7. ff. de arbit.* Resp. Quando ex contrahẽtium & disponẽtium præsumpta voluntate colligitur, eos nõ voluisse diuidere actũ, tunc

vtile per inutile vitiatur. Quod hoc casu accidit, quia ea fuit intentio compromittentium, vt duo dicerent sententiam, non pauciores.

Secundo aduersatur quod dicitur in *l.1. §. item quaeritur.ff.de aqu.quot.& aest.* quod si ius habeo ducēdi aquam per alienum fundum, si solitam aquam ducam, non possum prohiberi; sed si vetitam & sordidam aquam misceam, propterea prohibeor & bonam aquā ducere. Resp. Regula haec locum non habet in indiuiduis, quando vtile ab inutili separari non potest. Cum ergo aquae ductus habeat causam indiuiduam, vtile propter inutile vitiatur.

Sed huic solutioni refragatur *l. proprium, ff.Com.praed* vbi traditur, si quis solum vel aedes vendat, addito hoc pacto, vt sibi & vicino seruiat, adiectio vicini pro superuacua accipienda est, ita vt tota seruitus ad eum qui recepit, pertineat. Resp. Ibi vtilis seruitutis acquisitio ab inutili separari potest. Ratione enim duarum personarum duae quodammodo seruitutes constitutae censentur, & ideo vna vtilis seruitus per alteram seruitutem non vitiatur. *arg l.cui fundus, 56.ff.de cond.& dem. Dynus in d.cap.vtile.*

ASSERTIO XCIII.

Accessorium sequitur naturam principalis.

CONfirmatur haec assertio expressa Iuris regula per *l.cum principalis.178.de R.I.l. & can.*

& can.accessorium.Ex.eo. Cuius regulæ vsus in multis iuris articulis elucescit, & tam in vltimis voluntatibus, quam contractibus procedit. Sic enim si prædium venditum est, venit aquæ ductus cum prædio debitus; cum aliis accessoriis. *l si aquaductus.ff.de con. emp.* Similiter in testamentis domo legata, hortus illi accessorius debetur. *l. prædiis. 91. §. vlt. de leg. 3.*

Aduersatur primo huic decisioni, quod traditur in *l quid tamen, 10.ff. Qu.mo. vsusf.amit.* quod si vsusfructus villæ alicui sit relictus, cui fundus accessionis loco cedat, quod villa diruta nihilominus debeatur, vsusfructus fundi. Resp. Ideo ibi vsusfructus fundi non extinguitur, quia licet fundus villæ sit accessio, tamen non erat legatus tanquam accessorius, sed æque principaliter sicut ipsa villa. Hæc autem regula, quod accessorium sequitur naturam sui principalis, locum non habet, quando vtrunque legatur vt principale. *Peck. ad d. cap. accessorium.*

Secundo grauiter huic decisioni repugnat; quod sancitum est in *l. etsi is, C. de præd. mino. sine decr. non alien.* Quod si curator vendidit prædium minoris absq; decreto magistratus ipsa quidem venditio seu principalis contractus non valet; sed tamen si curator pro euictione pignora & fideiussores dedit, hæ accessoriæ obligationes firmiter adstringuntur. Resp. Ibi curator, non minor vendidit bona

absque decreto, & de euictione promisit, eaque euictio hic principale est, pro qua accessorie bona sua hypothecæ obligare potuit, *Peck. d. loco.*

Tertio obiicitur, quod stipulatione alteri facta, ipsa principalis obligatio non subsistit; sed si pœna adiiciatur, hæc pœnalis stipulatio accedens valet, *l. stipulatio ista § alteri, ff. de V.O.* Resp. Hæc regula non procedit, quando alia ratio militat in principali, quã accessorio, quod hîc accidit. Nam principalis stipulatio non valet, quia alteri nemo stipulari potest, cum stipulationes ad hoc sint inuentę, vt vnusquisque acquirat sibi, non alteri. Sed hæc ratio cessat in accessorio: nam qui pœnam stipulatur, sibi acquirit non alteri.

Quarto & vltimo oppugnatur hæc assertio. quod hypothecaria actio potest subsistere sublata principali siue personali, per *l. 1. & 2. C. de luit. pign.* vbi hæc facti species proponitur. Debitor sub pignore decessit duobus heredibus relictis: in eos duplex est actio, principalis vel personalis. & hypothecaria seu accessoria. Ex personali tenentur saltem hæredes pro partibus hereditariis, hypothecaria in solidum, si vel vnus nummus restat, tota res est in pignoris causa. Igitur si vnus ex heredibus soluerit debitum pro parte, sublata est actio personalis, tenetur tamen hypothecaria in solidum. Itaque in cuius persona sublata est principalis & personalis actio, non

subla-

ſublata eſt hypothecaria. Reſp. Regula hæc ſubinde fallit, quod indicat verbum *Plerumque*, in *d.l cum principalis*, poſitum: poteſt enim fieri, vt reſciſſo principali, cõſiſtat nihilominus acceſſorium: nimirum ſi ſit ſpecialis ratio aut ſingularis prouiſio in ipſo acceſſorio; quod in hoc caſu procedit, vbi durat hypothecaria ſublata perſonali, quia ſcilicet indiuiſa eſt pignoris cauſa. *l. rem hereditariam, 65. ff. de euict.* Ita eleganter explicat has leges *Cuiacius lib. Obſ. 5. c. 32.*

ASSERTIO XCIV.

Qui tacet, conſentire videtur.

QVæſtio eſt cõtrouerſa, an tacens habeatur pro conſentiente. Nam regula iuris ciuilis in *l qui tacet. ff. de R. I.* implicat quandam contradictionem, dum primo dicitur, tacentem non fateri, & mox ſubiicitur, ſed tamen verum eſt, eũ non negare. Præterea duæ contrariæ regulæ iuris Canonici ſunt de hoc articulo traditæ: Prima habet, *Qui tacet, conſentire videtur.* Altera, *Qui tacet, non fatetur, ſed nec vtiq; conſentire cenſetur.* Tacere igitur medium eſt inter fateri & negare, ſiue inter expreſſum conſenſum, & expreſſam contradictionem. Porro quando tacẽs confiteri vel negare videatur, tali diſtinctione ſolet explicari. Si factum ſit tale, quod poſſit à tacente contradicendo impediri, tacẽs conſentire videtur. *l. ſæpe. ¶. ſcientib. ff. de re. iud.* Exẽpli gratia, Si fideiuſſor à tutore nominatus patiatur

nomen ſuum in actis ſcribi, neq; contradicat, habetur pro conſentiente, quia potuit cōtradicendo fideiuſſionem euitare. *l.4.§,vlt.ff. de fideiuſ.tuto.* Sic etiam qui ſe præſente patitur rem ſuam pignori obligari, & non contradicit, conſentire videtur. *l. fideiuſſore, 26.§. pater.ff.de pigno.* Si autē talis ſit actus, qui potuerit etiam tacente inuito expediri, taciturnitas pro conſenſu non habetur, ſed potius pro contradictione. tex. notab. in *l. Caius, 39.ff. de pig.act.* Vbi ille qui tanquam teſtis ſubſcribit inſtrumento, in quo alius ſe emiſſe rem ſubſcribentis dicit, hæc ſubſcriptio ei non nocet, quia res aliena etiā inuito domino vendi poteſt. *l. rem alienam.ff.de contr.empt.* Hanc diſtinctionem tradit *Dynus in d. cap. qui tacet.*

Obiicitur primo, quod præſens in interrogatione, & tacens, ſtipulatione non obligatur, neque conſentire videtur. *l. 1. in princ. ff. de V.O.* Reſp. Hoc fit ideo, quia lex in ſtipulatione pro forma requirit verba & expreſsū conſenſum, vnde taciturnitas nihil operatur, *l. omnes, §. in hac. C. de epiſ & cler.*

Secundo aduerſatur *l. pen. ff. de furt.* vbi dicitur, ſi quis præſens ſit, & taceat, quando res ſua furto aufertur, tantum abeſt, vt cōſentire videatur, vt etiam habeat furti actionem, ac ſi res eo inuito eſſet cōtrectata. Reſp. Hoc odio furum ſpecialiter eſt receptum, qui quod tacuit dominus obiicere, & ſic propriam turpi-

turpitudinem allegare non debuerunt.

Tertio & vltimo obiicitur, quod variis in locis iuris decisum extat, quod inuitus censeatur, qui expresse non consentit. Sic in constitutione procuratoris pro inuito habetur, qui scit se dari procuratorē, & tacet, licet expresse non contradicat. *l.8.§.inuitus.ff.de procur.* Item in seruitute imponenda ille censetur inuitus, non solum qui contradicit, sed etiam qui tacet, & expresse non consentit. *l.inuitū.ff.de seru.vrb.præd.* Ergo taciturnitas nō semper inducit consensum. Resp. Quando agitur de persona alicuius obliganda, in dubio tacens non videtur consentire, puta vt quis assumat procuratoris officium. Vel quando hoc agitur, vt res sua alteri seruiat; tacens non præsumitur consentire. *Gl.in d.cap.qui tacet.* Quod tamen fallit, si agatur de fauore pupilli vel Reipub. Si enim patre præsente & tacēte filius creatur decurio, pater obstringitur pro gestis filii, tanquam fideiussor. *l.2.ff.Ad Municip.* Sic etiam fauore pupilli obligatur fideiussor, qui patitur nomen suum actis inscribi, *d.l.4.§.vlt.*

ASSERTIO XCV.

Infamibus portæ dignitatum non patent.

TAnta est famæ dignitas & auctoritas, vt infames à Reipub. muneribus arceātur, eosq; tantum gubernationi adhiberi expediat, qui illæsam & integram famam conseruarunt, scilicet vt notatis & famosis, quos sce-

lus aut turpitudo vitæ inquinat,& quos infamia ab honeſtorum cœtu ſegregat,dignitatis portæ nō pateant *l.2.C.de dignitat.lib.12.c. infamibus.de R.I.in 6.*

Aduerſatur primo,quod Vlpianus reſpondit in *l.generaliter.§.pē.& vlt.ff.decur.* vbi ſpurios, & eos, qui Iudaicam ſuperſtitionem ſequuntur,ad dignitatem admittit.Reſp. Tum demum hi admittuntur,ſi aliorum ingenuorum & bene natorum ciuiū ſit defectus , ſicut & aliquando domeſtici & ſerui , & aliâs inhabiles admittuntur in teſtes, quando aliarum probationum non eſt copia.*l.conſenſu,C. de repud.* Præterea ſpurii infamia iuris & facti non recte dicuntur notati,quæ oritur ex improbis moribus,ſed tantum propter culpam parentum aliquid illis maculæ inhæret,quod eos ab aliis diſcriminat, *Palæot.in tract.de ſpuriis,cap.55.& ſeq.*

Secundo obiicitur , quod idem Vlpianus reſpondit,parui referre , integræ famæ quis arbiter ſit , an ignominioſus,in *l Pedius,ff.de arbit.*Reſp. Arbitri nullam habent dignitatem,cum nudam tantum & ſimplicem habeant cognitionem,nullam vero iuriſdictionem.

Tertio repugnat,quod dicitur in *§. vlt.Inſt. de excep.*infames poſſe eſſe ꝓcuratores.Reſp. Quod munus procuratoris non ſit dignitas, ſed potius onus viliſſimum,à quo non arcentur infames.*l. ſi quis procurationē. C. de decur. lib.10.*

*lib.*10.Hodie, quia vſu & moribus officium procuratoris, præſertim in maioribus curiis Principum non eſt vile,ſed honorabile infames à procuratorio munere in curiis bene ordinatis arcentur. *Gail.lib.*1.*Obſ.c.*43.

Quarto obiicitur quod Reus criminis delatus,poſt annum quam delatus eſt,honores petere non prohibetur *l.Reus ff.de mun.&honor.*Reſp. Ideo poſt annum poteſt petere dignitates,quia ſi intra annum nõ eſt finita accuſatio,præſumitur delatus eſſe innocens, & præſumtio oritur contra accuſatorem, quod calumnioſe proceſſit ad accuſandum.

ASSERTIO XCVI.

In teſtamentis plenius voluntates teſtantiũ interpretamur.

HÆc deciſio pro regula ſtatuitur à Paulo in *l.*12.*ff.de R.I.* Concordat *c.cum dilecti: Ex.de dona.* vbi dicitur; In contractibus plena, in teſtamentis plenior, in beneficiis pleniſſima interpretatio eſt adhibẽda: Vnde & Vlpianus ait in *l.vel negare.ff.* [illegible] *quem.aper.* quod publice expediat ſuprema hominum iudicia exitum habere.

Contra videtur ſtatui apud Vlpianum in *l. nummis* 75.*de leg.*3.Nũmis,inquit,indiſtincte legatis,hoc receptum eſt, vt exiguiores legati videantur Idem probatur in *l.cum ſeruus.*39. §.*ſcio.de leg.*1. Vbi dicitur, ſi quis duos fundos habens eiuſdem nominis, vnum legauerit,

nec apparet, de quo senſit teſtator, minoris pretii fundum deberi. Ergo vltima voluntas non videtur plene, ſed ſtricte interpretanda eſſe. Reſp. Quod legata prædictis caſibus accipiuntur de exiguiore moneta, vel fundo, eſt ex mente teſtatoris, qui non creditur voluiſſe heredem bifariâm grauare: primum videlicet. vt legatum ſolueret, deinde vt maiorem rem daret. Legati enim præſtatio plerũque eatenus interpretanda eſt, vt quam minimum oneret heredem, *l. vnum ex familia. § ſi rem tuam. de leg.* 2. Alioquin legato generaliter relicto laxior fit interpretatio de re medii valoris danda. *l. legato generaliter*, 37. *de leg.* 1. Veriſſimum itaque eſt prædictam regulam etiam ad legata in teſtmento ſcripta pertinere.

ASSERTIO XCVII.

Id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt.

HOc generale axioma tradit Pomponius in *l. 11. ff. de R. I.* Idem deciditur in *l. cum mandati.* 12. *C. Manda.* Cum enim quilibet ſit rei ſuæ moderator & arbiter. *l. in re mandata. C. Manda.* illi effectus, illaque vis dominii eſt, vt quod quiſque ſuum tenet, id ſine facto & voluntate eius auferri non poſſit. Multa videntur repugnare huic aſſertioni. Primo, Res communis dicitur mea. *l. ſi quis ſeruos* 74. *de leg.* 3. *l. illud.* 46. *ff. de rit. nup.* Verum pars rei communis ſine facto & voluntate

me a

mea ab altero socio transferri potest ad aliũ. *l.falsò tibi.C.de com.rer alien.* Resp. Quod vterque consortium rem vocat suam, quæ pro indiuiso communis est, hoc fit populariter, improprie & abusiue.

Secundo obstat, quod creditor vendendo pignus transfert dominum sine facto debitoris. *l.1.& 2.C.Debitor vendit.pign.imped.non posse.* Resp Etiam hac in parte interuenit factum debitoris, quod meretur rerum suarũ translationem quia non soluit quod debet, *arg.l.qui non facit.ff.de R.I.*

Tertio obiicitur, quod res pupilli, quæ seruando seruari non possunt, alienari possunt à tutore sine decreto magistratus, & facto pupilli. *l.lex quæ,22.C.de adm.tuto.* Resp. Tutores auctoritate legis loco domini habentur, ideoq; censetur factum dominii interuenisse. *l.interdum,56.§.qui tutelam.ff.de furt.*

Quarto refragatur, quod cum ad executionem sentẽtiæ faciendam apparitores magistratus bona debitoris condemnati vendunt, transfertur dominium, & tamen hic nullum domini factum interuenit, *l.si pignora,50.ff.de euict.* Auctoritas magistratus, cui præcipiendi ius fuit, vt bona venderentur, loco & vice consensus domini est. *l.si ob causam iudicati.C.de euict.*

Quinto opponitur. Vsucapio transfert dominium in præscribentem sine facto &

consensu veri Domini. Res. Et in vsucapione factum domini negligentis rem suam à possessore vendicare, interuenit. Nam & qui permittit rem suam vsucapi, intelligitur alienare. *l. alienationis, 18. ff. de verb. sign.*

Vltimo aduersatur, quod Imperator vel Princeps potest ex plenitudine potestatis alicui priuato res suas sine volũtate sua auferre ex iusta causa. *l. item si verberatũ, 15. §. 1. ff. de rei vend. l. Lucius. 11 ff. de euict.* vbi dicitur, posse agrum alicuius priuati à Principe militibus assignari, modico honoris gratia possessori dato. Resp. Hoc non fit sine facto nostro, quoties Reipub. defendendæ gratia militib. aliquid assignatur.

Omnes enim cuiuslibet loci possessores sunt obstricti ad vsus & necessitates Reipub. atqui publica vtilitas efflagitat, vt militibus in præmium bene nauatæ pro Repub. operæ singuli priuati aliquid conferãt, quia eorum opera vita & bona subditorum ab hostili impetu defenduntur.

ASSERTIO XCVIII.

Fauorabiliores rei, potius quam actores habeantur.

HAnc decis. pro regula proponit Caius in *l. fauorabiliores. ff. de R. I.* Illud autem principio notandũ, fauorẽ hic non significare procliuem, vagum & lubricum hominis affectũ, quo nullo discrimine habito honesti vel turpis, iusti vel iniusti, alicui ex fauore vel

gratia

gratia quid indulgetur. Sed intelligenda est vtilitas quædam iustitiæ conueniens, vt fauor nihil aliud censeri possit, quam ipsum ius. Siquidem ipsum ius nihil aliud est, quam dispensatio vtilitatis secundum iustitiæ & honestatis regulas ad transigendam hanc vitam ciuiliter secundum DEI voluntatem, *l. 1. in princ. & §. 1. ff. de iust. & iu.* Quæ vtilitas & fauorem in se complectitur: nam fauere est commodum seu vtilitatem alicuius tueri. Itaque ideo rei conuenti actoribus plerumque sunt fauorabiliores, quia plus iuris habere præsumuntur, quam actores, & per consequens, æqualitas administrandæ iustitiæ actori sicut Reo seruanda est. Quæ regula procedit tam in ciuilibus, quam criminalibus causis, per rationem traditam in *l. absentem. ff. de pœn. & l. qui accusare. C. de edend.*

Sed è contrario videtur quod actores fauorabiliores sint quam Rei. Si enim reus fideiussorem dederit iudicio sistẽdi causa, nec conuentum sit de die, quo sisti debeat, erit in potestate actoris diem constituere. *l. de die, 8. ff. Qui satisf. cog.* Item actoris est interpretatio, si vtatur intẽtione vel oratione ambigua: accipiendũ est enim id, quod ei vtilius videtur. *l. inter stipulãtem. 83. §. Si Stichum. ff. de V. O. l. si quis intentione, 66. ff. de iudic.* Resp. In constituendo seu ordinando iudicio, plus fauetur actoribus quam Reis, vt ad prosecutio-

nem iuris ſui viam habeant late patentem. Quo ſpectant, quæ de die ſatiſdationis, & interpretatione libelli dicta ſunt. Verũ in exitu iudicii ſeu decidenda lite, plures ſunt rationes, propter quas rei cenſeantur fauorabiliores actoribus, ſcilicet in dubio, hoc eſt, cũ neutrius litigatoris ius eſt iudici cognitum, vel legitimis probationibus, vel coniecturis. Rationes autem ſunt hæ, primo quod actor voluntarius, paratus & inſtructus in iudicium prodit: Reus è contra coactus, ideoque æquum eſt Reum potius quam actorẽ ſubleuari. *l. qui in alterius. 42. in fi. de R. I. l. pure 5. §. vlt. ff. de excep. doli.*

Secundo leges ob benignitatem naturæ conſentaneam proniores ſunt ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus, ff. de obl. & act*, &c, Satius eſt (vt Traianus Imp. reſcripſit) impunitum reliqui facinus nocentis quam innocentem condemnari. *l. abſentem. ff. de pœn.* Hinc deciſum eſt, quod actore non probante, reus etſi nihil præſtiterit, nihil probauerit, nihil pro ſe allegauerit, ſit abſoluendus, *l. qui accuſare. C. de eden.* Hinc & conſtitutum eſt, quod in criminalibus cauſis, niſi meridiana luce clariores probationes adferantur, Reus ſit liberandus. *l. vlt. C. de proba.* Hinc etiam inter pares iudicum ſententias, ſi forte diſſonæ proferantur, ea præualere debet, quæ pro Reo facit. *l. inter pares, 38. ff. de re iud.* Deinde in probationibus

bus dubiis,& testimoniis hinc inde paribus, fauorabiliores sunt rei quam actores. Vnde in causa dubia,quando pares sunt probationes,Reo potius,quam actori defertur iusiurandum,*l.admonendi,ff.de iureiu.*

Assertio XCIX.

Semper in obscuris,quod minimum est, sequitur.

REgulã hanc proponit Vlpianus in *l.semper,9.ff.deR.I.* Cõcordat c *in obscuris.Ex. deR.I.in 6.l.qui concubinam,29.§.1.de leg 3.l.si ita sit adscriptum,14.in fi.de leg.1.* dũ dicit, exiguius legatum esse præstandum.*l.si ita relictũ 45.in princ.de leg.2.* vbi dicitur *Minor pars est accipienda,quæ venit in legato.*

Sed refragatur,quod non extremum,quale est maximum,vel minimum,sed mediũ, potius elegendum censetur.Sic Paulus in *l.antiqui,ff.Si pars.hered.pet.* inquit, prudentissimi iuris auctores medietatem quandam secuti sunt. Idem affirmatur in *§.vlt. Inst. Quib. ex cau.manu.non lic.& §. cum ex aliena. Inst. de ver.diuis.* Resp, Quando manifesta ratio humanitatis,vt nemo lædatur.requirit alterum extremum,hoc est,maximum vel minimum, tunc vtrunq; caret vitio, & accedit ad virtutem,quæ nimia esse non potest.Quo casu accipienda est hæc regula.Cæterum vbi obscuritas in vtranque partem, vel maximam vel minimam,lædere potest contra æquitatem, ibi retinendum est medium.

Secundo aduersatur, quod in dote promissa sine certa quantitate, non sequamur minimum; sed dotis quantitas pro modo facultatum promittentis, & dignitate mariti statuenda est, *l. quæro, 60. l. cũ post. 69. § gener à socero, ff. de iur. dot.* Resp. Non valet hoc casu argumentum à legato vel stipulatione speciei, vel quãtitatis incertæ ad dotem. Quia in dote sunt nonnulla, ex quibus licet mutuari interpretationem quantitatis in dote constituenda. Dos enim promissa, licet in genere & indefinite promissa sit, pro modo facultatũ patris, siue promittentis, & dignitate mariti constitui debet. *d. l. cum post. § gener. l. 3. C. de dot. prom.* In legato autem vel stipulatione, vbi non est expressa certa quantitas, cessat omnis coniectura. *l. Triticum. 94. in fi. ff. de verb. obl.*

ASSERTIO C.

Quod initio vitiosum est, nõ potest tractu temporis conualescere.

PAulus IC. hanc regulam adstruit in *l. quod initio. 29. ff. de R. I.* Concordat *l. penul. ff. eo.* vbi Licinius Rufinus pro regula statuit, quod quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto conualescere nõ potest. Exempla sunt de marmore domui iniuncto. *l. cætera. 41. §. tractari, de lega. 1.* de rebus extra commercium positis *l. inter stipulante. § sacrã. ff. de V. O.* Ratio regulæ est; quia sicut tempus non est modus inducẽdæ vel tollẽdæ obligationis. *l. obligatio-*

*ligationum.§.placet.ff.de obl &act.l.si certis annis.C de pact.*ita nec confirmandæ, *l.si minor, ff.de seru.export.c.non firmatur.de R.I.in 6.*

Opponitur, quod donationes inutiles, & alii contractus magistratibus vel administratorib. iustitiæ prohibiti, conualescunt, *l.unic. C.de contract.iud.*Res. Tales contractus iudicum non solum tempus, sed auctoritas Principis, vel subsecutus & repetitus priuatorum consensus defendit, & per ratihabitionem confirmatur, *arg.l 1.&2.C.Si ma.fac.rat.hab.* Sic etsi bona minoris sine decreto iudicis alienata sint, licet non valeat alienatio, si tamẽ postea maior 25. annis silentio eam cõfirmet per quinquennium, vel expressa comprobatione alienationem ratã habeat, valebit alienatio, *l.vlt.C.Si ma.fac.alie.sine decr.rat. hab.* Regula ergo prædicta accipienda est, quod solo tractu temporis actus ab initio vires nõ sumat, nisi noua aliqua causa superueniat, quæ actum confirmet.

Secundo opponitur *l.1.§ sed etsi filiusfam. de leg.3.*vbi dicitur, si filiusfam. reliquerit fideicõmissum, initio non valet, sed tamen eodẽ in eadẽ voluntate & sui iuris postea mortuo, fideicõmissũ debetur. Resp Regula, vt iã dictum est, accipienda est, quãdo inutilitatis causa perdurat. Tunc.n.non potest institutio inutiliter facta conualescere. Cæterum si inutilitas cessat, & institutio redit ad iustã causam, tunc conualescit ex mutatione causæ.

Assertio CI.

Feudum antiquum, propter delictum in extraneũ perpetratum, amissum, deuoluitur ad collaterales agnatos propiores in gradu.

EX graui crimine, quod vasallus cõtra extraneum committit, vt est parricidium, proditoria cædes, feudum amittitur; quia sequente illum abominabili infamia, non potest in curia domini stare, aut seruitia præstare, *c.1. An ille qui interfe. frat. dõ. lib. 2. feud* Feudo autem hoc modo amisso, priuatur vasallus eo, & filii, aliique ex eo descendentes, quia in iis hereditarii criminis exemplà metuuntur: reditq; vetus feudum ad agnatos, nouum ad dominum. §. *pen. Quæ fue. pri. cau. lib. 2. feud.*

Sed ardua & insignis est quæstio, ad quos agnatos, & intra quem gradum feudum perueniat? in hac quæstione extant duæ diuersæ opiniones. Prima est dura & absurda, rationi & ęquitati non cõueniens quod scilicet hoc casu fundũ solũ ad agnatos, qui quarto gradu sunt, & non intermedios peruenit: frater igitur & fratris filius ipsius delinquentis excluduntur, quamuis nihil admiserint. Ad hoc allegant textum in *c. si vasallus culpã: Si de feu. def. conten. sit, lib. 2. Feud.* Per hunc tex. probari videtur hæc opinio, quã sequuntur ibidẽ *Iac. de Beluiso, Mart. Laudẽ. & Baldus.* Approbat quoq; *Zazius in epitome feudo par. 10. num. 104. & Curtius in tract. feudo par. 4. num.* 11. addens cogitãdum esse: negari enim non posse,

præ-

prædicta iura hanc sententiam vrgentissime probare, nec se videre quomodo istis possit realiter responderi. Allegatur etiam pro hac parte *tex.in c.1.vers.similiter. Qu.mo.feud.amit* deniq; *tex.in c.1.Si vasal.feud.priue* qui videntur hanc sententiam probare. Sed cõtrariam opinionem quod huiusmodi casu feudum delinquentis ad proximiorem agnatum, etiam intra quartum gradum, & sic ad fratrem delinquentis pertineat, quando videlicet paternum fuerit, probant textus rotundi & manifesti. Primo *tex.in c.pen. Quæ fuit pri.cau.* Secundo est *tex.in c. vnic. An ille qui interf. frat. dom.* Qui textus nõ de agnato in quarto gradu, sed de proximiori iuxta graduum computationem manifeste disponunt. Hanc opinionem sequuntur *Gl. Aluarot. Matth. de Afflic in allegato c. si vasallus culpã.* Idẽ sensit *Andr. de Isernia Feudistarum auriga.* Approbant ex recentioribus *Baro & Cuiacius.* Tertio hęc opinio per se habet naturalem ęquitatem; quę est, quod pœna non sit extendẽda ad eos, qui nihil deliquerunt: nemo enim alieno odio prægrauari debet.

Adhærendo igitur huic postremæ opinioni, non obstant ea, quæ supra pro prima opinione allegata sunt.

Et primo ad *tex. c. si vasallus culpam, Aluarot.* respondet, istum textum procedere circa tempora vetustiora, quibus agnati in quarto gradu excludebãtur à successione feudi proximioris agnati, *tit. de succeß. feud. lib. 1. feud.*

Dubitabatur ergo in casu istius c. quo delinquens habebat agnatos quarti gradus, non intermedios, seu proximiores, an feudum ad eos pertinere debeat: Iure enim antiquo excludebantur. Hoc dubium remouet textus, & admittit agnatos etiã quarti gradus: quia tunc non erant proximiores, sed per hoc agnatos intermedios seu proximiores textus nequaquam excludit.

Secundo non obstat *tex. c. 1. vers. similiter: Qu. mo feud. amit.* quia *Gl. Bald. Prepos & Affl.* ibi verba textus *fratrem suum* interpretantur de fratre domini proditorie occiso: tunc. n. ad dominum feudum reuertitur, vt est *tex. in c. 1. An ille qui interfe. frat. dom.* &c. Aliâs si propriũ fratrem occiderit, feudum ad proximiorem agnatum, non ad dominum pertinebit; vt *Gl.* istic admonet. Præterea *And. de Isernia.* ibi textum hunc intelligit de feudo nouo. quod etiam huiusmodi casu domino aperitur ob delictum vasalli.

Tertio non obstat *tex. in c. 1. Si vasal feu. priu.* nam ibi etiam de iure antiquo statuitur; quod agnati admittantur vsque ad quartum gradum: imo hodie vsq; in infinitum, si à primo acquirente descendant; sed intermedii proximiores si adfuerint, minime excluduntur. Et sic hæc posterior sententia de iure æquior & verior videtur.

FINIS.

